Marcadé

Marcadé's Civilrecht.

Abriß

des

Französischen Civilrechts

von

V. Marcadé und **F. Mourlon,**

Advocaten am Cassationshofe und beim kaiserl. Gerichtshofe in Paris.

Ins Deutsche übertragen

von

Adrian Pfaff,

Großherzoglich badischem Amtsrichter.

Zweiter Band.

Heidelberg.

Verlag von Bangel & Schmitt.

1865.

Bekanntlich starb Marcadé, ehe er sein Werk beendigt hatte. Paul Pont übernahm die Fortsetzung, ist aber bis jetzt noch nicht damit fertig geworden.

Um nun den Abschluß der vorliegenden Arbeit nicht noch länger hinausschieben zu müssen, habe ich aus »Mourlon: Répétitions écrites« das Fehlende von Buch III. Titel IX an entnommen. Der Name dieses Rechtslehrers, dessen Werk, wie das Marcadé'sche, in ganz kurzer Zeit fünf Auflagen erlebt hat, wird die Wahl rechtfertigen.

October 1864.

Pfaff.

Inhalt des zweiten Bandes.

Französisches Civilrecht.

Des Code Napoléon drittes Buch, Titel III bis XIII.

Dritter und vierter Titel.

Von den Verbindlichkeiten.

1. — Verbindlichkeit nennt man die Nothwendigkeit, vermöge deren eine bestimmte Person, zum Vortheil einer anderen Person zu irgend einer Leistung, speciell gehalten ist.

Die einer oder mehreren Personen specielle Nothwendigkeit, die somit einem rein relativen und persönlichen Rechte, d. h. einer Forderung entspricht, macht allein das Wesen der Verbindlichkeit aus. Die generelle und Allen gemeinschaftliche Nothwendigkeit, welche dem absoluten, dem dinglichen Rechte entspricht, ist eine Pflicht, die man eben so wenig verletzen, die man aber mit der Verbindlichkeit im eigentlichen Sinne nicht verwechseln darf.

Während z. B. die einfache Pflicht nie einen anderen Gegenstand hat, als die Enthaltung von Handlungen, welche den Rechten eines Dritten schaden würden, kann die Verbindlichkeit dagegen entweder ein Enthalten von einer Handlung, oder das Vornehmen dieser Handlung, oder das Uebertragen des Eigenthums oder seiner Bestandtheile, oder das Verschaffen einer Sache unter einem beliebigen anderen Rechtstitel zum Gegenstande haben. Die Verbindlichkeit ist für uns, wie für die Römer, immer ein vinculum juris quo necessitate adstringimur ad aliquid dandum, vel praestandum, vel faciendum, vel non faciendum (Art. 1101).

2. — Um diese wichtige Lehre von den Verbindlichkeiten in einer gewissen Ordnung abzuhandeln, werden wir nach einander und in fünf verschiedenen Kapiteln prüfen:

1. Die Quellen der Verbindlichkeiten; — 2. die verschiedenen Gattungen von Verbindlichkeiten; — 3. die Wirkung der Verbindlichkeiten; — 4. die Erlöschungs-Gründe der Verbindlichkeiten; — 5. endlich den Beweis der Verbindlichkeiten und den ihrer Erlöschung.

Erstes Kapitel.

Quellen der Verbindlichkeiten.

3. — Eine Verbindlichkeit kann aus fünf verschiedenen Quellen entspringen: dem Contract; dem Quasicontract; dem Vergehen;[1]) dem Versehen[2]) und dem Gesetze.

Alle Verbindlichkeiten entspringen zwar nothwendiger Weise aus dem Gesetze (unmittelbar aus dem bürgerlichen, wie zu gleicher Zeit mittelbar aus dem natürlichen Gesetze). Während aber der größte Theil derselben aus einer Handlung eines Menschen, welche entweder einen Vertrag oder einen Quasicontract, ein Vergehen oder ein Versehen ausmacht, entspringt, entstehen wieder andere ohne irgend eine Handlung eines Menschen durch die Wirkung der Umstände, die so verschieden sind, daß es unmöglich war, sie unter einem Namen zusammen zu fassen. Die ersteren, die in vier Klassen zerfallen, hat man mit dem Gattungsnamen der Handlung, welche dieselben hervorbringt, bezeichnet (Contract, Quasicontract, Vergehen, Versehen), während man den anderen den Namen der allen gemeinsamen Regel (das Gesetz) vorbehielt, welcher somit eine besondere Benennung für die letzteren abgibt (Art. 1107).

I. Abschnitt.

Von den Verträgen.

4. — Unter Vertrag oder Uebereinkunft (denn diese beiden Worte sind im Gesetzbuch gleichbedeutend) versteht man jede Einigung mehrerer Willen über einen Gegenstand, der ein rechtliches Interesse bietet, consensus plurium in idem placitum.

Der Vertrag, der die gewöhnlichste Quelle von Verbindlichkeiten ist, kann auch andere Wirkungen hervorbringen, wie wir am Schlusse dieses Abschnittes sehen werden (Nro. 27). Hier haben wir ihn aber hauptsächlich in so weit zu beleuchten, als er Verbindlichkeiten erzeugt; und nur auf die Verträge, welche Verbindlichkeiten hervorbringen, finden die Regeln Anwendung, die den Gegenstand der folgenden Absätze ausmachen (Art. 1101).

I. Von den verschiedenen Arten von Verträgen.

5. — Es gibt fünf Haupteintheilungen der Verträge:

1) Sie zerfallen in zweiseitige (oder synallagmatische) und einseitige, je nach dem sie auf beiden Seiten, oder nur auf

---

[1]) Delict.

[2]) Quasidelict.

einer, Verbindlichkeiten erzeugen. — Wenn jedoch der Vertrag, der an und für sich nur eine Verbindlichkeit erzeugt, doch auch die Möglichkeit einer gegenseitigen Verbindlichkeit hervorbringt, die gerade durch den Vollzug des Vertrags verwirklicht werden kann, dann führt er den Namen eines unvollkommen synallagmatischen (Art. 1102—1103).

2) Der Vertrag ist ein wohlthätiger oder ein freigebiger, wenn ein Theil dem anderen dadurch einen Dienst erweist, daß er ihm einen Vortheil zuwendet, der nicht vergolten wird; er ist ein belasteter, wenn jede der Vertragspersonen sich einen Vortheil verschaffen will. — Der belastete Vertrag ist ein Tauschvertrag, wenn auf beiden Seiten der Vortheil gewiß ist; er ist ein Glücksvertrag, wenn entweder auf beiden Seiten oder nur auf einer dieser Vortheil von der Möglichkeit von Gewinn oder Verlust abhängt (Art. 1104—1106).

3) Der Vertrag ist ein benannter oder unbenannter, je nach dem er im Gesetze seine besondere Bezeichnung hat oder nicht. Verschieden von dem, was in Rom Rechtens war, ist er im zweiten Falle so gut wie im ersten verbindlich (Art. 1107).

4) Der Vertrag ist ein Hauptvertrag, wenn er seine eigene Existenz hat; er ist ein Nebenvertrag, wenn er nur im Gefolge eines anderen entstehen kann (ibid.).

5) Endlich ist der Vertrag ein feierlicher, oder ein nicht feierlicher, je nach dem seine gesetzliche Existenz an die Einhaltung gewisser Förmlichkeiten gebunden ist oder nicht. Die einzigen feierlichen Verträge sind: die Schenkung unter Lebenden, die Heirathsverträge und die Unterpfandsbestellung; wir sprechen übrigens nur von den gewöhnlichen Verträgen, die ein Geldinteresse haben, und nicht von den bloß sittlichen Verträgen, wie die Ehe und die Adoption, die unter ihren besonderen Regeln stehen (ibid.).

II. Von den Erfordernissen zur Gültigkeit der Verträge.

6. — In allen Fällen sind zur Gültigkeit des Vertrags und der Verbindlichkeiten, die er erzeugt, vier Bedingungen wesentlich:

1. Die Einwilligung der Betheiligten; — 2. die Rechtsfähigkeit desjenigen, der sich verpflichtet; — 3. ein erlaubter und hinreichend bestimmter Gegenstand der Verbindlichkeit; — 4. endlich eine ebenfalls erlaubte Ursache der gleichen Verbindlichkeit.

Bekannt ist ferner, daß man bei den feierlichen Verträgen noch die Einhaltung gewisser Förmlichkeiten hinzufügen muß (Art. 1108).

1) Von der Einwilligung.

7. — Die Einwilligung, das Einigsein der Willen, consensus, gehört augenscheinlich zum Wesen eines jeden Vertrags; sie ist nicht allein zu dessen Gültigkeit, zu dessen Wirksamkeit, sondern auch zu dessen Existenz, zu dessen Zustandekommen erforderlich. Das liegt auf der Hand, weil sie, wie wir gesehen haben, den Vertrag hervorbringt. Wenn also Einer von denen, die den Vertrag geschlossen haben (oder vielmehr scheinbar geschlossen haben), im Augenblick des Rechtsgeschäftes durch einen Anfall von Wahnsinn, durch Fieberhitze, durch Trunkenheit oder irgend eine andere Ursache seiner Vernunft beraubt war, dann besteht der angebliche Vertrag nicht, die Uebereinkunft ist nicht zu Stande gekommen; denn es fehlt der consensus (Art. 1108).

Ebenso verhält es sich, wenn die Betheiligten, die sonst im vollen Genusse ihrer Vernunft stehen, der Eine diese, der Andere eine andere Sache gemeint, und sich somit nicht über die Natur oder den Gegenstand des Vertrags, welchen sie abschließen wollten, geeinigt haben. Wenn du mir z. B. eine Sache um einen bestimmten Preis zu vermiethen meintest, während ich in der Meinung war, sie zu kaufen, oder wenn du von dem und dem deiner Güter mit mir sprechen wolltest, während ich ein beliebiges anderes meinte, dann ist hier keine Willenseinigung unter uns vorhanden, ein Vertrag konnte hier nicht zu Stande kommen (ibid.).

Da die Einigung der Willen den Vertrag hervorbringt, so ist es klar, daß das bloße Versprechen, d. h. das Anbieten, der Vorschlag, den ein Theil gemacht und der andere noch nicht angenommen hat, keine bindende Kraft haben kann. Da der Mensch nicht wie Gott die Gedanken lesen, da ferner das gegebene Recht, das weltliche Gericht nur den geoffenbarten Willen in Betracht ziehen kann, so wird der Vertrag nur durch die ausgedrückte Annahme geschlossen, mag diese schriftlich, wörtlich, oder thatsächlich geschehen; ein Willen in mente retenta würde nicht genügen. Der Richter hat im einzelnen Falle zu entscheiden, ob wirklich eine hinreichende Aeußerung des Willens stattgefunden hat oder nicht.

8. — Wenn übrigens die gegenseitige Einwilligung der Parteien, wenn das Zusammentreffen ihrer Willen zum Abschluß des Vertrages genügt, so genügt das doch nicht zu dessen Rechtsgültigkeit, und dieser abgeschlossene Vertrag kann umgestoßen werden, wenn die zwar wirkliche Einwilligung nur im Irrthum gegeben oder durch Gewalt erzwungen worden war. Die Verkürzung,

und sogar der einfache Betrug, dessen Opfer ein Theil geworden ist, führen zuweilen zu dem nämlichen Ziel. In allen Fällen muß innerhalb einer bestimmten Frist, die wir später angeben, auf die Vernichtung geklagt werden.

9. — Von dem Irrthum. — Natürlich handelt es sich hier nicht um den Irrthum, welcher die Existenz der Einwilligung selbst und damit auch das Zustandekommen des Vertrags hindert, sondern nur um den, welcher diese Einwilligung fehlerhaft macht und gestattet, einen wirklich abgeschlossenen Vertrag umzustoßen (Art. 1109).

Das Gesetz gestattet die Vernichtung des Vertrags auf den Grund des Irrthums: 1. demjenigen Theil, welcher sich über die wesentlichen Eigenschaften des Gegenstandes, d. h. über diejenigen getäuscht hat, welche ein Mehr oder Weniger nicht zulassen, ohne den Gegenstand von einer Klasse in die andere zu versetzen, je nach dem sie vorhanden sind oder nicht; — 2. demjenigen, der mit einer Person, die er für eine andere hielt, einen Vertrag geschlossen hat, sofern die Rücksicht auf diese andere Person die Hauptursache war, welche ihn bestimmt hat, einzuwilligen (Art. 1110).

Diese vielleicht übermäßige Vergünstigung kann übrigens nur mit der Auflage ausgeübt werden, daß der Betreffende den Irrthum beweist, den er behauptet; und selbst wenn der Irrthum bewiesen und der Umstoßung stattgegeben worden ist, kann er je nach Umständen wegen des Nachtheils zur Entschädigung verurtheilt werden, den er dem anderen Theile durch seinen Leichtsinn, mit dem er den Vertrag geschlossen hat, verursacht (ibid.).

10. — Von dem Zwang. — Wenn Bedrohungen, sie mögen mit thätlicher Gewalt verbunden sein oder nicht, gegen eine Person angewendet worden sind, um sie zu bestimmen, einen Vertrag abzuschließen, und diese Drohungen waren der Art, daß sie in ihr vernünftiger Weise die Furcht vor einem bedeutenden Uebel erwecken konnten, und die Person hat, um diesem Uebel zu entgehen, eingewilligt, so betrachtet das Gesetz die Einwilligung, die unter einem solchen Einflusse gegeben wurde, mit Recht für unvollständig und ungenügend, und gestattet die Umstoßung des Vertrags. Um zu ermessen, ob die Furcht der Vertragsperson eine vernünftige war oder nicht, muß man die Verhältnisse des Alters, Geschlechts, der Erziehung u. s. w. der bedrohten Person in Anschlag bringen (Art. 1111—1115).

Das beträchtliche Uebel, dessen Befürchtung die Umstoßung des Vertrags veranlassen kann, muß zwar den Vertragschließenden persönlich angehen. Wir müssen aber bemerken, daß oft ein für mich sehr wesentliches Uebel in dem Uebel liegt, welches direct nur eine bestimmte andere Person bedroht; denn der Mensch kann nicht bloß an seinem Körper, an seinem Vermögen angegriffen werden; es kann dies auch auf der moralischen Seite, in seinen Neigungen und seinen Gefühlen geschehen. Der Vertrag z. B. muß offenbar der Umstoßung ausgesetzt sein, den ich nur eingegangen aus Furcht, sonst meinen Bruder, einen Freund, selbst einen Fremden ermorden zu sehen. Die Gerichte haben nach den Umständen des einzelnen Falles zu ermessen, ob das Uebel, das dem Dritten bevorstand, für die Vertragsperson selbst ein beträchtliches Uebel ausmachte. — Es gibt übrigens einen Fall, wo dieses Ermessen nicht stattfindet, sondern durch eine gesetzliche Vermuthung ersetzt wird. Dies tritt ein, wenn der Dritte der Gatte der Vertragsperson oder mit ihr in gerader Linie verwandt ist. In diesem Falle bringt das Uebel, welches den Dritten betreffen sollte, auf die Vertragsperson die gleiche Wirkung hervor, als wenn es sie selbst bedroht hätte (ibid.).

Begreiflich ist es übrigens, daß die Furcht, selbst wenn sie die Freiheit der Einwilligung bedeutend mindern mag, die Umstoßung des Vertrags nicht zulässig macht, wenn sie weder in ihrer Ursache, noch in ihrem Gegenstande etwas Unsittliches enthielt. Die tiefe Ehrfurcht z. B., welche der Vertragschließende etwa für eine Person hegt, die große Schüchternheit, welche ihm diese Person einflößt, die Furcht, die er empfindet, ihr in etwas entgegen zu handeln, sind niemals ein Umstoßungsgrund, wenn nicht sonst noch Drohung mit einem bedeutenden Uebel, Furcht vor wirklichen Gefahren mit unterläuft (ibid.).

11. — Von der Verkürzung. — Der Schaden, den eine Partei beim Vertragsabschlusse sich zuzieht, wird zuweilen von dem Gesetze als ein Anzeichen einer Einwilligung betrachtet, die sich zu unklar oder in ihrer Freiheit gehemmt war, oder durch Elend oder Unglücksfälle entrissen worden ist, so daß er die Vernichtung des Vertrags wegen ungenügender Einwilligung nach sich zieht.

Die Regel findet zu Gunsten von Minderjährigen, welche nicht emancipirt sind, bei allen Rechtsgeschäften ihre Anwendung, die von ihnen allein abgeschlossen werden, während dieses durch ihren

Vertreter, oder wenigstens unter Mitwirkung dieses Vertreters geschehen mußte;[1]) und zu Gunsten der emancipirten Minderjährigen wegen der Rechtsgeschäfte, welche ihre Rechtsfähigkeit, wie solche im Titel X. des ersten Buchs bestimmt ist, überschreiten. Volljährige können sich darauf nur berufen: — 1. bei Theilungen wegen Verkürzung über ein Viertel, und — 2. bei Liegenschaftsverkäufen wegen Verkürzung über sieben Zwölftel (Art. 1305 und 1118).

12. — Von dem Betrug. — Unter Betrug versteht man jedes arglistige Verfahren, alle hinterlistige Mittel, die angewendet wurden, um Jemanden zu täuschen und ihn zum Vertragsabschlusse zu verleiten.

Der Betrug an und für sich und in so fern er eine besondere Klage begründet, gibt keinen Mangel der Einwilligung und keinen Umstoßungsgrund des Vertrags ab. Vorkommenden Falls aber läuft er am Ende auf das Nämliche hinaus, und darum stellt ihn das Gesetz den Mängeln der Einwilligung gleich.

Entweder bezieht sich der Irrthum, den der Betrug erzeugt, auf die wesentlichen Eigenschaften der Sache, oder er betrifft nur die zufälligen und untergeordneten Eigenschaften.

Im ersten Falle liegt allerdings ein Fehler in der Einwilligung und ein Umstoßungsgrund vor; aber nicht wegen des Betrugs, sondern gerade wegen des Irrthums, welcher immerhin diese Wirkung gehabt hätte, wenn auch kein Betrug verübt worden wäre. Die Klage stützt sich alsdann auf den Irrthum und nicht auf den Betrug.

Wenn der Irrthum sich nur auf zufällige Eigenschaften bezieht, dann hat der Betrug seine eigene Wirkung; da aber die Einwilligung nur in Bezug auf einen untergeordneten Punkt mangelhaft ist, so ist die Umstoßung wegen ungenügender Einwilligung nicht ferner zulässig. Der Vertrag bleibt also gültig und der Betrogene

---

[1]) Der Regel nach muß das Rechtsgeschäft durch den Stellvertreter des Minderjährigen abgeschlossen werden; aber das Mitwirken dieses Vertreters bei einem Rechtsgeschäfte, das der Minderjährige selbst abschließt, genügt, um die Aufhebung wegen Verletzung zu verhindern: da hier der Minderjährige und sein Vertreter alle beide handeln, so kann die Gegenwart des Ersteren die des Letzteren nicht unwirksam machen. Damit übrigens das Rechtsgeschäft, das ein Minderjähriger allein eingegangen hat, wegen Verkürzung anfechtbar sei, muß der Minderjährige schon Einsicht in Rechtsgeschäften haben; ohne dies wäre das Rechtsgeschäft durchaus nichtig, es würde, wegen Nichtvorhandenseins der Einwilligung, gar nicht bestehen (Art. 1305).

kann nur Entschädigung von dem Betrüger verlangen. — Wenn der Urheber des Betrugs ein Dritter ist, dann besteht die Entschädigung in einer Geldsumme, welche den Werth des erlittenen Schadens, wie er geschätzt wird, darstellt. Diese Schätzung ist aber dann nicht nothwendig, wenn derjenige selbst den Betrug verübte, mit welchem man den Vertrag geschlossen hat; man hat dafür ein ganz einfaches Mittel, um zu einer Schadloshaltung zu gelangen, die so vollständig als möglich ist, und das besteht darin, daß man die Sachen in den Stand versetzt, als wenn gar nie ein Vertrag vorgelegen hätte. Auf diesem Wege führt der Betrug, obgleich er im Grunde nur eine persönliche Klage auf Entschädigung erzeugt, doch zur Umstoßung des Vertrags, wenn er von der Partei selbst ausgegangen ist.

Diesen Satz hat man dadurch ausgedrückt, daß man sagte, der Betrug gehe in personam, während der Irrthum, Zwang und die Verkürzung in rem gehen. Damit ist gesagt, daß der Betrug ein Umstoßungsgrund nur relativ und in Bezug auf die Vertragsperson ist, welche sich dessen schuldig gemacht hat, während der Irrthum, der Zwang und die Verkürzung absolute Gründe sind, welche den Vertrag selbst unmittelbar berühren (Art. 1116).

13. — Daraus fließt eine praktische, ziemlich wichtige Consequenz. Wenn das Eigenthum einer Liegenschaft auf einen Andern mittelst eines Vertrags übergeht, in welchem der Veräußerer das Opfer eines Irrthums, Zwangs oder einer Verkürzung geworden, der Vertrag somit absolut umstoßbar ist und der Erwerber demnach nur ein wiederauflöslich Eigenthum erhält, dann sind die, welchen er die Liegenschaft übertragen haben mag, da sie kein stärkeres Recht als das seinige haben können, wie er von der Umstoßung bedroht und müssen sich die Wiederauflösung ihres Eigenthums gefallen lassen. Der einfache Betrug dagegen, der den Vertrag an sich bestehen läßt und nur mittelst einer ganz persönlichen Klage gegen den, welcher ihn ausgeübt hat, die Umstoßung herbeiführen kann, gibt keine Klage gegen den späteren Erwerber; und die Uebertragung der Liegenschaft auf diesen läßt dem Theile, der das Opfer des Betrugs geworden ist, nur das Recht, von dem Theile, der sich des Betrugs schuldig gemacht hat, oder dessen Rechtsfolgern, eine Geldentschädigung zu verlangen. — Wir haben den Fall der Veräußerung einer L i e g e n s c h a f t gesetzt; denn der Grundsatz, daß bei Fahrnissen der einfache gutgläubige Besitz unmittelbar zum Eigenthümer macht, setzt den späteren Erwerber dieser Fahrnisse,

sowohl im Falle des Irrthums, Zwangs und der Verkürzung, als im Falle des Betrugs außer Gefahr (Art. 1116).

NB. — Was soeben gesagt worden ist, findet einzig auf den Betrug Anwendung, welcher zum Vertrage bestimmt hat, ohne welchen die Partei den Vertrag nicht geschlossen hätte, und welchen man den Hauptbetrug nennt (dolus dans causam contractui). Wo es sich bloß um einen Betrug handelt, ohne den die Partei den Vertrag gleichwohl und nur unter günstigeren Bedingungen eingegangen hätte, welche man den mit einlaufenden Betrug genannt hat (dolus incidens in contractum), da finden immerhin Entschädigungsansprüche statt; aber diese Entschädigungen müssen jedenfalls in Geld bestehen, und man kann die Umstoßung des Vertrags nicht erwirken, selbst dann nicht, wenn der Betrug von der Vertragsperson ausgeht (ibid.).

2) Von der Vertragsfähigkeit.

14. — Außer der natürlichen Fähigkeit, einzuwilligen, welche, wie wir gesehen haben, für das Zustandekommen des Vertrags wesentlich ist, bedarf es zur Rechtsgültigkeit dieses Vertrags außerdem der gesetzlichen Fähigkeit, sich verbindlich zu machen. Diese Fähigkeit ist jedoch nicht bei allen Vertragspersonen, sondern nur bei derjenigen erforderlich, welche sich verbindlich macht; und der Mangel derselben ermächtigt nur den unfähigen Theil, nicht auch den anderen, auf Ausspruch der Umstoßung des Vertrags anzutragen. Auf diese Umstoßung muß übrigens in den Fristen und unter den Voraussetzungen, welche das Gesetz vorschreibt und die wir später anführen wollen, geklagt werden.

Gesetzlich unfähig, sich verbindlich zu machen, sind: — 1. die Entmündigten; — 2. die Ehefrauen; und — 3. einige andere Personen in gewissen, durch besondere Gesetzesbestimmungen vorgesehenen Fällen. Jedoch können Ehefrauen und diejenigen, welche nur theilweise entmündigt sind, d. h. welchen nur ein gerichtlicher Beistand beigegeben ist, sich in gewissen Fällen verbindlich machen, wie wir in den Titeln V, X und XI des ersten Buchs auseinandergesetzt haben.

Obgleich man die Minderjährigen gewöhnlich, wie es auch die fehlerhafte Fassung des Gesetzbuches selbst thut (Art. 1124), unter den vertragsunfähigen Personen oben ansetzt, so sind sie doch in der That nach dem Geiste des Gesetzes keineswegs unfähig, sondern können nur wegen Verletzung restituirt werden, wie wir unter

Nro. 11 gesehen haben. Diese, obgleich lebhaft bestrittene Wahrheit, sollte, im Hinblick auf die verschiedenen Gesetzesbestimmungen, auf die Vergleichung des neuen Rechtes mit dem älteren in seinem Zustande, wie es zuletzt war, und die bei den Vorarbeiten kategorisch gegebenen Erläuterungen, nicht mehr zweifelhaft sein (Art. 1305, III).

3) Von dem Vertragsgegenstande.

15. — Ein Vertrag ohne Gegenstand ist nicht denkbar; und bei den Verträgen, die Verbindlichkeiten erzeugen, macht gerade diese Erzeugung der Verbindlichkeiten den Gegenstand des Vertrags aus. Wenn aber der Vertrag einen Gegenstand erfordert, dann ist offenbar für die Verbindlichkeit selbst auch ein Gegenstand erforderlich; und daraus, daß der Vertrag häufig mehrere Verbindlichkeiten hervorbringen will, folgt, daß oft mehrere Gegenstände bei dem Vertrage im Spiele sind. Von dem Gegenstande der Verbindlichkeit, der im Vertrage zuweilen ein mehrfacher ist, und nicht zunächst von dem Gegenstande dieses Vertrags, spricht das Gesetzbuch, und von ihm haben wir hier abzuhandeln.

Damit ein Vertrag gültig abgeschlossen werde und die Verbindlichkeiten erzeuge, welche man aus ihm hervorbringen will, muß die Sache, die den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht, zwei Erfordernisse haben: — 1. muß sie im Verkehr sein, und — 2. muß sie dem Stipulanten einen wahren Nutzen, zu dessen Gewährung er den Versprechenden anhalten kann, darbieten (Art. 1126).

16. — Zunächst muß die Sache im Verkehre sein. Die Handlungen oder Sachen, welche entweder ihrer Natur nach, oder kraft einer ausdrücklichen Erklärung des Gesetzgebers der Verfügungsgewalt des Menschen entzogen sind, können nicht Gegenstand einer Verbindlichkeit werden.

Dahin gehören: — 1. die physisch unmöglichen Handlungen; — 2. die unerlaubten Handlungen, d. h. diejenigen, welche entweder einer Gesetzesbestimmung, oder den guten Sitten, oder der öffentlichen Ordnung zuwider sind; — 3. die Sachen, welche in der Natur nicht existiren; — 4. alle diejenigen, die einen Theil des öffentlichen Eigenthums ausmachen (aber nur so lange, als sie einen Theil davon ausmachen); — 5. diejenigen, welche der Verfügungsgewalt des Menschen durch eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes entzogen worden sind, wohin der Regel nach die Verlassenschaften noch lebender Personen gehören; — 6. die Personen und

Alles, was ihren Stand betrifft; übrigens diejenigen Fälle ausgenommen, in welchen ein Vertrag durch besondere Bestimmungen, wie bei der Ehe und der Adoption, erlaubt ist (Art. 1128).

17. — Zweitens muß der Gegenstand der Art sein, daß der Versprechende angehalten werden kann, den Stipulanten einen gewissen Nutzen zu verschaffen.

Nach diesem Grundsatze ist ein Vertrag nichtig, in welchem der angegebene Gegenstand so unbestimmt ist, daß der angebliche Schuldner sein Versprechen mittelst einer werthlosen Handlung oder Sache vollziehen kann; wenn man z. B. versprochen hat, etwas zu thun oder ein Thier zu übergeben (Art. 1129).

Ebenso und aus dem nämlichen Grunde ist ein Vertrag nichtig, wenn der Gegenstand des Versprechens nur für einen Dritten Nutzen hat, so daß der Stipulant ohne Interesse und somit ohne Klagrecht ist, dessen Vollzug gerichtlich zu verfolgen hat. Wenn auch die Sache oder die Handlung, welche nur einem Dritten von Nutzen sind, nicht Vertragsgegenstand sein können, weil der Versprechende in diesem Falle nicht gebunden ist, so steht doch nichts im Wege, diese Sache oder Handlung als Bedingung oder Auflage des Vertrags einzuführen (Art. 1119—1122).

Auf diese Behauptung werden wir unter IV bei Erläuterung der Wirkung der Verträge zurückkommen.

4) Von der Vertragsursache.

18. — Ein letztes Erforderniß zur Rechtsgültigkeit und sogar zum Zustandekommen des Vertrags und der Verbindlichkeiten, welche daraus entspringen sollen, besteht darin, daß eine jede dieser Verbindlichkeiten eine erlaubte Ursache haben muß.

In rechtlichem Sinne versteht man unter Ursache einer Verbindlichkeit nicht den ersten Beweggrund, welcher die Partei bestimmt haben mochte, sich verbindlich zu machen, sondern den unmittelbaren Beweggrund ihrer Verpflichtung: d. h. man darf nicht den Punkt in Betracht ziehen, welchen sie definitiv und als Endzweck erreichen, sondern nur denjenigen, welchen sie durch ihre Verbindlichkeit unmittelbar erlangen wollte. Bei jedem belasteten Vertrage z. B. besteht die Ursache der Verbindlichkeit in nichts Anderem als in dem Vortheile, welchen der Verpflichtete von der anderen Partei hat erlangen wollen; ist dieser Vertrag ein zweiseitiger, so besteht die Ursache einer jeden Verbindlichkeit gerade in dem Gegenstande der gegenüberstehenden Verbindlichkeit. Wenn ich mich z. B.

verbindlich mache, dir ein Haus dafür zu bauen, daß du die Verbindlichkeit übernimmst, mir 50,000 Frs. zu bezahlen, so ist die Zahlung von 50,000 Frs., welche den Gegenstand deiner Verbindlichkeit bildet, die Ursache der meinigen, und umgekehrt liegt in der Erbauung des Hauses zugleich der Gegenstand meiner Verbindlichkeit und die Ursache der deinigen. Bei den Wohlthätigkeitsverträgen besteht die Ursache der Verbindlichkeit lediglich in dem Wunsche, einen Dienst zu erweisen (Art. 1108).

19. — Ohne eine reelle und erlaubte Ursache ist keine Verbindlichkeit möglich. Die Verbindlichkeit ist also nichtig, das Versprechen bindet den nicht, der es gegeben, so oft dieses Versprechen keine Ursache hat, oder auf einer falschen oder unerlaubten Ursache beruht.

Ein Versprechen, das im Augenblick, wo es abgelegt wird, der Ursache entbehrt, ist undenkbar (wenn es nicht von einem Menschen herrührt, der seiner Vernunft beraubt ist; und dann ist das Versprechen gerade wegen des Mangels der Vernunft, und nicht blos wegen des Mangels der Ursache nichtig). Man begreift aber sehr leicht, daß dasjenige Versprechen ohne Ursache ist, bei dem es sich um eine künftige oder successive Ursache handelt. Wenn z. B. die Erndte, für welche ich zum voraus einen bestimmten Preis zu zahlen versprochen hatte, nicht gedeiht, oder wenn das Haus, welches ich auf mehrere Jahre in Miethe genommen, nach Verfluß einiger Monate abbrennt, dann ist meine Verbindlichkeit nichtig wegen Mangels einer Ursache. — Wenn die Ursache zwar der Meinung der Parteien nach, aber nicht in der Wirklichkeit vorhanden ist, dann ist es klar, daß trotz dieser bloß vermeintlichen und falschen Ursache die Verbindlichkeit ebenfalls nichtig ist, weil sie in Wirklichkeit einer Ursache entbehrt. — Die Verbindlichkeit ist auch nichtig, wenn ihre Ursache unerlaubt ist. Begreiflich ist es übrigens, daß die Ursache in den nämlichen Fällen unerlaubt ist, wo es der Gegenstand nach dem, was wir im vorhergehenden Abschnitt gesagt haben, auch ist (Art. 1131, 1133).

III. Von der Auslegung der Verträge.

20. — Alle Regeln, welche sich auf die Auslegung der Verträge beziehen, beschränken sich nothwendiger Weise auf den einzigen Grundsatz, daß man auf alle mögliche Weise nach der gemeinsamen Absicht der Vertragspersonen forschen muß.

Man wird also keinen Anstand nehmen, von dem grammatikalischen Wortsinne abzugehen, so oft die Absicht der Vertragspersonen davon verschieden ist; um diese Absicht zu erforschen, muß man zunächst die verschiedenen Vertragsgedinge in Verbindung bringen und sie aus einander und jedes von ihnen aus dem Ganzen des Rechtsgeschäfts erläutern.

So allgemein die von den Parteien gebrauchten Ausdrücke sein mögen, so findet der Vertrag doch immer nur auf die Gegenstände seine Anwendung, über welche diese Parteien ersichtlich den Vertrag haben schließen wollen; wenn aber die Parteien umgekehrt, indem sie einen speciellen Fall vorsahen, damit nur ein Beispiel geben und ihren Willen deutlicher erklären wollten, dann darf man die Wirkung des Vertrags nicht auf diesen besonderen Fall beschränken.

Doppelsinnige Gedinge werden zunächst in dem Sinne genommen, in welchem sie eine Wirkung haben, und nicht in dem, in welchem sie keine haben. Wenn beide Bedeutungen des Gedings in gleicher Weise Wirkungen hervorbringen können, so hält man sich an diejenige, welche der Natur des Vertrags am meisten entspricht.

Uebrigens müssen die Grundsätze der Billigkeit, die allgemeinen Regeln, welche das Gesetz über den fraglichen oder den Vertrag aufstellt, der die meiste Analogie bietet, der Landesgebrauch und die besonderen Umstände, unter welchen die Parteien den Vertrag geschlossen haben, zu Rathe gezogen werden, um die Absicht der Vertragspersonen aufzuklären oder sogar um solche zu ergänzen (Art. 1135 und 1156—1164).

IV. Von der Wirkung der Verträge.

21. — Jeder Vertrag bindet die Vertragspersonen gleich einem Gesetze von dem Augenblicke an, wo er in gesetzlichem Sinne abgeschlossen ist. Damit soll aber gewiß nicht gesagt werden, daß die Verträge Gesetze im eigentlichen Sinne seien, weßhalb die falsche Auslegung eines Vertrags keinen Grund zur Kassation abgeben kann. Anders verhält es sich übrigens, wenn ein Urtheil auf ein Rechtsgeschäft, in welchem es alle Merkmale eines bestimmten Vertrags anerkennt, die Regeln eines anderen Vertrags angewendet hat: das Urtheil verletzt in diesem Falle die Regeln, welche das Gesetzbuch für jenen Vertrag gegeben hat, und wendet die, welche diesen regieren, falsch an; es muß also kassirt werden. Sofern

aber die Richter die Regeln desjenigen Vertrags anwenden, welchen sie mit Recht oder Unrecht vorhanden erachten, so ist es klar, daß hier ein fehlerhaftes Urtheil, eine falsche Auslegung des Vertrags vorliegt, keineswegs aber eine falsche Auslegung der Prinzipien des Gesetzes (Art. 1134).

22. — Wir haben gesagt, der Vertrag binde die Vertragspersonen, wie das Gesetz selbst. Er verbindet sie nicht allein zu dem, was in dem Akt ausgedrückt ist, sondern auch zu allen Folgen, welche das Gesetz, das Herkommen oder die Billigkeit dem Vertrage seiner Natur nach geben. Bei uns müssen im Allgemeinen alle Verträge redlich verstanden und vollzogen werden; zum Unterschiede von dem, was in Rom galt, wo ganz mathematische Grundsätze und unabänderliche Formeln das Recht so häufig in Widerspruch mit der Gerechtigkeit brachten. Darum ist für die Auslegung der Verträge, wie wir weiter oben gesehen haben, angeordnet, nicht allein die Gedinge eines Rechtsgeschäfts aufzuklären, sondern solche auch zu vervollständigen und zu ergänzen, mag dies nun nach den allgemeinen Regeln des Gesetzes, oder den Grundsätzen der natürlichen Billigkeit, oder dem Ortsgebrauch, oder nach anderen Umständen, unter welchen die Parteien den Vertrag geschlossen haben, geschehen (Art. 1135).

23. — Die Verträge wirken im Allgemeinen nur für oder gegen die Vertragspersonen oder deren Rechtsfolger; sie können Dritten weder nützen noch schaden. Wir sagen im Allgemeinen, denn dieser Grundsatz ist nicht ohne Ausnahme.

So steht dem Nichts im Wege, eine Stipulation zum Vortheile eines Dritten zu machen, wenn diese Stipulation nur ein Nebengeding eines Vertrags ist, den man auf seine eigene Rechnung schließt. Die so gemachte Stipulation begründet von Seiten des Stipulanten das Anbieten einer Freigebigkeit, die ihm offenbar so lange zu widerrufen freisteht, als der Dritte, an den es gerichtet ist, solches noch nicht angenommen hat; sobald aber eine Annahme von Seiten des Letzteren vorliegt, hat man ein Zusammentreffen der Willen, einen Vertrag, und der Widerruf ist nicht mehr zulässig. — Wir setzen hier voraus, daß das Anerbieten an den Dritten von dem Stipulanten allein ausgeht; denn wenn es von beiden Vertragspersonen ausginge, so daß der Versprechende sich nur in der Absicht, den Dritten zu begünstigen, verbindlich machen wollte, dann ist es klar, daß der Widerruf nur im Einverständnisse beider Theile geschehen kann. — Da die Freigebigkeit nur im

Gefolge eines anderen Vertrags entsteht, so ist sie keinen anderen Formen unterworfen als denen, welche für den Vertrag erforderlich sind, von welchem sie abhängt; so daß, wenn dieser Vertrag nicht selbst eine Schenkung ist, es hier keiner öffentlichen Urkunde bedarf (Art. 1119—1122, und Art. 1163).

24. — Wir haben gesagt: unsere Verträge schaden oder nützen allen unsern Rechtsfolgern; und unter diesen befinden sich unsere Gläubiger. Die Gläubiger haben für die Zahlung ihrer Forderungen ein Pfandrecht auf alle beliebigen Güter, die das Vermögen ihres Schuldners ausmachen; so daß dieses Pfandrecht in dem Verhältnisse an Umfang gewinnt oder verliert, als der Schuldner durch die Verträge, welche er eingeht, sein Vermögen vermehrt oder vermindert (ibid.).

25. — Da die Gläubiger also ein Pfandrecht auf alle Güter ihres Schuldners haben, und die Rechte und Klagen, welche diesem etwa zustehen, einen Theil seiner Güter bilden, so können diese Gläubiger, um zu ihrer Zahlung zu gelangen, alle die Rechte und Klagen, welche ihrem Schuldner zustehen, in dessen Namen geltend machen. Um dem Gläubiger diesen Vortheil zuzuwenden, ist aber erforderlich, daß es sich um eine verfallene Forderung handelt und der Schuldner sich weigert, selbst das Recht oder die Klage geltend zu machen, um den Vortheil daraus dem Gläubiger zuzuwenden; aus dem allgemeinen Grundsatze, daß man sich nicht kraft eigener Machtvollkommenheit der Güter seines Schuldners bemächtigen darf, folgt, daß der Gläubiger sich zur Geltendmachung des Rechts oder der Klage gerichtlich ermächtigen lassen muß.

Jedoch gibt es gewisse Rechte, welche ausschließlich an die Person, der sie zustehen, geknüpft sind und welche deren Gläubiger deßhalb nicht geltend machen können.

Dahin gehören zunächst alle Rechte, deren Interesse ein rein moralisches ist.

Wenn es sich um Rechte handelt, die eine moralische und eine Geldseite, die sich ganz gleich sind, bieten, dann muß man unterscheiden: wenn die rein moralische Seite selbst zum Gegenstand der Klage genommen wird, dann kann die Klage offenbar nur von der Person selbst angestellt werden; wenn dagegen der Gegenstand der Klage lediglich das Geld betrifft und die moralische Seite des Geschäfts nur als Beweis zur Unterstützung des Anspruchs geltend gemacht wird, dann kann die Klage ungehindert auch von den Gläubigern angestellt werden. Es gibt aber Klagen, welche, obgleich

sie in ihrem Gegenstande den Geldwerth betreffen, doch niemals von den Gläubigern angestellt werden können. Es sind das die Klagen auf Widerruf der Schenkungen wegen Undanks, oder auf Entschädigung wegen Vergehen gegen die Person: da diese Klagen auf einer Beleidigung beruhen und durch die Verzeihung der beleidigten Person erlöschen, so können sie folglich nicht gegen den Willen dieser Person angestellt werden.

Die Ausübung der Rechte, welche rein den Geldwerth betreffen, steht nothwendig den Gläubigern zu, sofern nicht eine besondere Gesetzesbestimmung sie der Person selbst vorbehält. Wir führen hier, als durch eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes streng der Person vorbehalten, an: die Nutzungs- und Wohnungsrechte, die Klage einer Frau auf Vermögensabsonderung und die Erbvorkaufsklage. Abgesehen von einer ausdrücklichen Annahme können aber alle Rechte, die rein pekuniär sind, durch die Gläubiger geltend gemacht werden. Man muß in diese Klasse namentlich aufnehmen die Klagen auf Vernichtung der Verträge wegen Irrthum, Zwang, Verkürzung oder Betrug, und die Einreden, welche das Gesetz in der Lehre von der Bürgschaft dem Schuldner rein persönlich zustehende nennt. Der Ausdruck persönliche Einrede bietet in der Lehre von der Bürgschaft einen ganz besonderen Sinn, den man der dinglichen Einrede gegenüber stellt, und bedeutet einfach, daß sich der Bürge nicht auf die Einrede berufen kann, und daß dies nur durch den Schuldner und seine Rechtsfolger geschehen kann; die Bezeichnung: dem Schuldner persönlich zustehend, schließt hier also nur die Bürgen dieses Schuldners und keineswegs seine Gläubiger aus (Art. 1166).

26. — Da das Pfandrecht der Gläubiger darin nur unvollkommen beschaffen ist, daß es ihnen kein Recht gibt, auf die Güter des Schuldners, die nicht mehr zu dessen Vermögen gehören, zu greifen, und es im Gegentheil durch deren Veräußerung durch diesen Schuldner erlöscht, so mußte das Gesetz diese Gläubiger gegen Handlungen schützen, durch welche der Schuldner dieses Vermögen arglistig vermindert haben mag. Das hat es gethan, indem es ihnen für diesen Fall unter den Bedingungen, die wir gleich anführen werden, eine Klage gewährt, welche bewirkt, daß die betrügerische Handlung als nicht geschehen, und das veräußerte Gut so angesehen wird, als ob es nie aus dem Vermögen gekommen und immer dem Pfandrecht unterworfen wäre: permittitur creditoribus rescissa traditione rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse,

et ob id in bonis debitoris mansisse. Diese Klage heißt deswegen Widerrufsklage oder auch actio Pauliana nach dem Prätor, der sie in Rom eingeführt hat.

Zur Zulässigkeit der Widerrufsklage wird zunächst vorausgesetzt, daß eine Handlung in Frage steht, welche die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners entschieden oder vermehrt hat; mithin eine Handlung, wodurch dieser Schuldner sein Vermögen vermindert hat, und nicht bloß versäumte, es zu vermehren. Die Gläubiger können dann nicht sagen, man habe den Gegenstand ihres Pfandrechts vermindert, wenn es sich nur um eine einfache Weigerung, ein neues Gut zu erwerben, handelt; hat die Handlung, obgleich sie eine Verminderung des Vermögens bewirkt, den Schuldner nicht zahlungsunfähig gemacht, dann können sich die Gläubiger nicht darüber beschweren, weil dieselbe eine hinreichende Gewähr für ihre Forderungen übrig ließ. Die Handlung muß vom Schuldner überdies noch arglistig vorgenommen worden sein, d. h. im Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit und des Unrechts, das er seinen Gläubigern zufügte.

Muß aber auch Arglist von Seiten der Partei mit unterlaufen, mit welcher der Schuldner den Vertrag geschlossen hat? Allerdings, wenn es sich um ein Rechtsgeschäft unter belastetem Titel handelt, weil dabei der Erwerber des Guts, dessen Veräußerung man aufheben lassen will, so gut wie die Gläubiger, sich wehrt, um einen Verlust abzuwenden, so daß es, sofern er in gutem Glauben gehandelt hat, hier unzulässig ist, ihn zum Vortheile dieser aus dem Besitz zu setzen. Bei Rechtsgeschäften unter freigebigem Titel dagegen ist die Gefährde dieser Partei nicht nothwendig, weil sie bloß einen Gewinn zu machen sucht und deßhalb, selbst wenn sie in gutem Glauben ist, weniger begünstigt wird als die Gläubiger. — Wenn ein Erwerber, der dieser Klage ausgesetzt war (weil er unter unentgeltlichem Titel erworben hat, oder unter belastetem, aber in bösem Glauben), das Gut an einen weiteren Erwerber übertragen hat, dann muß dieser nach der nämlichen Regel behandelt und folglich geschützt werden, wenn er unter belastetem Titel und in gutem Glauben erworben hat. So schrieb es das frühere Recht vor, auf dessen Grundsätze sich unser Gesetzbuch bezieht; und es ist in der That ganz einfach, daß, wenn man mit dem zu thun hat, welchen der Schuldner öffentlich an seinen Platz setzte, man nicht weniger Rechte hat, als wenn man es mit einem Beauftragten dieses Schuldners zu thun gehabt hätte.

Wenn der Schuldner im Wege von Urtheilen dadurch seine Gläubiger übervortheilt, daß er sich im Einverständnisse mit seinem Gegner verurtheilen läßt, dann können diese Einsprache erheben.

Diejenigen, welche erst nach Vollzug einer arglistigen Handlung Gläubiger einer Person werden, können den Widerruf dieser Handlung offenbar nicht verlangen, weil das Gut, welches diese Handlung aus dem Vermögen dieser Person gezogen hat, niemals ihr Pfand gewesen ist; so wie aber dieser Widerruf durch einen anderen Gläubiger erwirkt worden ist, theilen sie sich nothwendiger Weise in den Vortheil, weil die Wirkung des Widerrufs, wie wir oben gesehen haben, darin besteht, daß das Gut so angesehen wird, als ob es immer einen Theil des Vermögens ausgemacht hätte, und alle Gläubiger, außer dem Falle eines Vorzugs oder einer Unterpfandsbestellung, auf dieses Vermögen gleiches Recht haben.

Da keine Bestimmung des Gesetzes die Dauer der Paulianischen Klage beschränkt, und die Regel, welche die Dauer der Richtigkeitsklage auf 10 Jahre festsetzt, wie wir sehen werden, nur für diejenigen gegeben ist, welche von dem Urheber des Vertrags selbst angestellt werden, so kann diese Klage erst nach 30 Jahren erlöschen, welche vom Tage der betrügerischen Handlung laufen (Art. 1167).

27. — Wir wollen diesen Absatz mit einer wichtigen Bemerkung schließen.

Wie wir im Eingange dieses ersten Abschnittes sagten, besteht die Wirkung der Verträge nicht bloß darin, daß sie Verbindlichkeiten erzeugen; sie können auch bestehende Verbindlichkeiten aufheben; und ferner, seit Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches, den Uebergang des Eigenthums oder seiner Bestandtheile bewirken, aber allerdings nur dann, wenn es sich um bestimmte Stücke handelt, Sachen, die in ipso individuo bezeichnet sind.

Es gibt also heute zu Tag drei Klassen von Verträgen oder Uebereinkünften: — 1. die Verträge, welche Verbindlichkeiten erzeugen; — 2. die Verträge, welche Verbindlichkeiten aufheben; — 3. die Verträge, welche dingliche Rechte übertragen. Es ist übrigens begreiflich, daß derselbe Vertrag diese drei Eigenschaften oder zwei derselben in sich vereinigen kann, so gut er nur eine einzige enthalten kann.

Ein ganz neuer und zugleich sehr wichtiger Grundsatz besteht in der Uebertragung des Eigenthums und anderer dinglichen Rechte durch die unmittelbare Wirkung des Vertrags, durch die bloße Willenseinigung, und ohne daß eine Uebergabe der Sache oder eine Transscription der Rechtsurkunde nothwendig wäre.

Die Redactoren des Gesetzbuchs haben diese Regel nicht genau gefaßt; es ist sogar richtig, wenn man sagt, daß nach ihrer Theorie diese Regel nicht besteht. Diese Theorie aber, die eine wahrhaft lächerliche Spitzfindigkeit entwickelt, ist so bedeutungslos, daß man eigentlich gar keine Rücksicht darauf zu nehmen braucht, man kann es gar nicht.... Die sonderbare Ansicht, an der sie in diesem Punkte festgehalten haben, ist folgende: — „Die Uebereinkunft, das Eigenthum an einer bestimmten Sache zu übertragen, erzeugt, wie in Rom und unserem älteren Rechte, immer nur die Verbindlichkeit, diesen Gegenstand zu übergeben; und immer durch den Vollzug dieser Verbindlichkeit, d. h. die Uebergabe der Sache, wird das Eigenthum daran übertragen. Aber diese Uebergabe braucht keine wirkliche zu sein; es genügt an einer rein fingirten und bürgerlichen Uebergabe, welche aus dem bloßen Willen der Parteien entspringt. Diese bürgerliche Uebergabe soll künftighin in jedem Vertrage als kraft Gesetzes vorhanden angesehen werden, ohne daß es irgend einer Erklärung in dieser Beziehung bedürfte." — Das ist das System des Gesetzbuchs, ein System, dessen letzte Bestimmung, wie man sieht, die ersten zerstört, und das darauf hinausläuft, daß immer (außer dem Falle, wo die Parteien einen entgegengesetzten Willen ausgedrückt haben) die Uebereinkunft, das dingliche Recht zu übertragen, selbst es ist, welche die Uebertragung unmittelbar bewirkt,[1]) ohne daß die wirkliche Uebergabe irgend nöthig wäre (Art. 1138).

Der Vertrag übrigens, obgleich er den Uebergang des Eigenthums unmittelbar bewirkt, erzeugt ferner noch die doppelte Verbindlichkeit: — 1. zur vertragsmäßigen Zeit die wirkliche Uebergabe oder die Lieferung des Gegenstandes vorzunehmen, und — 2. den Gegenstand bis zu dieser Ueberlieferung aufzubewahren (Art. 1136).

Was die Transscription der Rechtsurkunde anbelangt, so waren die Redactoren lange im Zweifel über die Frage, ob sie nicht deren

---

[1]) Bei Fahrnissen kann die Uebertragung des Eigenthums durch die bloße Wirkung des Vertrags dem nicht im Wege stehen, daß von zwei Erwerbern, zu deren Gunsten der Gegenstand nach einander von derselben Person veräußert worden ist, der zweite der Eigenthümer bleibt, wenn er in gutem Glauben den Besitz erlangt hat. Ohne Zweifel war der Erste im Augenblicke des Vertragsabschlusses Eigenthümer geworden; aber sein Eigenthum erscheint nach dem Grundsatze des Art. 2279 durch Verjährung in dem Augenblicke aufgehoben, wo ein Anderer in gutem Glauben den Gegenstand in Besitz bekommen hat (Art. 1141).

Nothwendigkeit für die Uebertragung von dinglichen Rechten an Liegenschaften vorschreiben sollten; dieses Erforderniß wurde aber definitiv verworfen und der volle und unbedingte Uebergang des Rechts ist für die Liegenschaft wie für die Fahrnisse festgestellt (Art. 1140).

II. Abschnitt.

Von den Quasicontracten, dem Vergehen, dem Versehen und dem Gesetze.

I. Von den Quasicontracten.

28. — Quasicontract nennt man in dem System des Gesetzbuchs die freiwillige und erlaubte Handlung, welche ohne Vermittelung einer Uebereinkunft bald den Urheber der Handlung allein gegen den Dritten, bald den Dritten und diesen Urheber gegenseitig, bald sogar nur den Dritten gegen den Urheber verbindlich macht (Art. 1371).

Einer der häufigsten Fälle des Quasicontracts ist die Annahme einer Erbschaft. Diese Annahme, welche in der That auf der einen Seite keinen Vertrag schafft, ist auf der anderen eine freiwillige Handlung (weil es dem Erben freisteht, zu verzichten) und zugleich eine erlaubte, die Verbindlichkeiten erzeugt. Denn in Folge dieser Handlung wird der Erbe verpflichtet, die Vermächtnisse zu zahlen, wegen welcher, im Falle eines Verzichts, nur auf die Güter der Erbschaft gegriffen werden kann; aus dieser nämlichen Handlung folgt für den Erben die Verpflichtung, die Schulden des Erblassers den Erbgläubigern gegenüber für die seinigen anzuerkennen, und für die Schuldner der Erbschaft die Verbindlichkeit, ihn als Gläubiger an der Stelle des Verstorbenen anzuerkennen (ibid.).

Speciell beschäftigt sich das Gesetz mit zwei Quasicontracten, deren Hauptregeln wir in Folgendem wiedergeben wollen.

1) Von dem Quasicontracte der Geschäftsführung.

29. — Wer freiwillig und ohne Auftrag die Angelegenheiten eines Andern besorgt, unterwirft sich allen Verbindlichkeiten eines förmlich angenommenen Auftrags. Er muß seine Geschäftsführung, fortsetzen, bis der Herr oder seine Erben dieselben übernehmen können, und Alles auf sich nehmen, was von dem Geschäfte abhängt (Art. 1372—1373).

Diese Verbindlichkeit des Geschäftsführers, die Geschäftsführung selbst nach dem Tode des Herrn fortzusetzen, ist strenger als

die, welche das Gesetz dem Beauftragten auferlegt. Dieser Letztere verdient auch wirklich eine größere Vergünstigung. Jedoch kann der Geschäftsführer, wenn es ihm nothwendig fällt, sich zurückziehen, aber sein Zurückziehen darf nicht zum Schaden oder zur Unzeit geschehen. — Er muß von seiner Geschäftsführung eine strengere Rechnung ablegen als der Beauftragte. Jedoch muß diese Strenge gemäßigt werden, je nach den Umständen des Falls. — Wenn er bei seiner Verwaltung Unterbedienstete angestellt hat, dann kann der Herr direct zugleich diese Personen und den Geschäftsführer belangen (Art. 1374).

Wenn der Herr die Geschäftsführung kennt, dann kann man, je nach den Fällen, unbezweifelt sagen, daß dann ein stillschweigender Auftrag vorliegt, weil sogar in Rom der Auftrag ein Consensualvertrag war; es ist das aber eine Thatfrage, deren Entscheidung nothwendig von den Umständen abhängt (Art. 1372).

Nach den Verbindlichkeiten des Geschäftsführers kommen die des Herrn. Damit dieser verbindlich werde, muß die Geschäftsführung eine nützliche gewesen sein; aus einem schlechten Geschäfte wird er nicht verpflichtet, wie der Auftraggeber. Uebrigens wird die Nutzlosigkeit einer Unternehmung nicht nach dem Endergebnisse bemessen, man muß auf den Ursprung des Geschäfts zurückgehen und prüfen: ob es wirklich einen nützlichen Zweck hatte. — Hat der Geschäftsführer im Namen des Geschäftsherrn Verbindlichkeiten eingegangen, dann ist dieser direct zur Erfüllung verbunden, sofern das Geschäft kein unnützes ist, denn in diesem Falle haftet der Herr für Nichts. Der Dritte hat nur dann seinen Rückgriff auf den Geschäftsführer, wenn er sich auf den Schaden beruft, welchen ihm die Unvorsichtigkeit desselben verursacht. Hat sich der Geschäftsführer persönlich verbindlich gemacht, so hat der Dritte außer der Klage gegen den Geschäftsführer, auch eine solche gegen den Geschäftsherrn nach Analogie des Auftragvertrags. Nach der gleichen Analogie hat der Geschäftsführer ein Recht auf die Zinsen seiner Auslagen von dem Tage an, wo er sie gemacht hat (Art. 1375).

30. — Obige Regeln sind auch auf denjenigen anwendbar, welcher fremde Geschäfte irrthümlich und in der Meinung, die seinigen zu besorgen, geführt hat Denn der Quasicontract der Geschäftsführung liegt in jeder Führung fremder Geschäfte, selbst wenn sie auch ohne die Meinung geschieht, daß es eine fremde Angelegenheit sei und ohne die Absicht, einen Anderen zu verpflichten. Die Billigkeit

fordert diese Entscheidung ebenso gebieterisch als die Rechtsgrundsätze. — Wenn Jemand die Geschäfte eines Dritten, trotz des Verbots desselben, führt, dann kann er immerhin von dem Eigenthümer das herausverlangen, um was der Letztere durch die Geschäftsführung bereichert ist. Denn unsere Gesetze, als Freunde der Billigkeit, gestatten **nie**, daß man sich auf Kosten eines Dritten bereichere, selbst wenn dieser Dritte in Gefährde und bösem Glauben sich befindet (ibid.).

2) Von der Annahme von Zahlungen zur Ungebühr.

31. — Das Gesetz sieht zwei verschiedene Fälle einer Zahlung zur Ungebühr vor: — 1. den Fall, wo der, welcher die Zahlung empfangen hat, nicht Gläubiger war; — 2. den Fall, wo er wirklich Gläubiger war, aber von einem Nichtschuldner bezahlt wurde. In diesem letzten Falle kann der Nichtschuldner nur in so fern zurückfordern, als er im **Irrthume** bezahlt hat, weil der, welcher eine Zahlung geleistet hat, von der er wußte, daß er sie nicht schuldete, so angesehen werden muß, als habe er sie für Rechnung des wirklich verpflichteten gezahlt, dessen Geschäft er in dieser Beziehung geführt hat. Der Nichtschuldner also, der wissentlich gehandelt hat, kann keinen Rückgriff auf den Gläubiger nehmen, welcher gültiger Weise empfangen hat, sondern nur auf den, für welchen er bezahlt hat, mittelst der actio negotiorum gestorum greifen. Im ersten Falle dagegen ist die Rückforderung immer zulässig, ohne Unterschied, ob ein Irrthum vorlag oder nicht. Es ist zwar richtig, daß im römischen Rechte, so oft eine Zahlung zur Ungebühr ohne Irrthum und **absichtlich** geleistet wurde, die Rückforderung nicht zulässig war: man sah darin eine Schenkung; unser Gesetzbuch hat aber dieses System verworfen und die Sache kann sowie sie nicht geschuldet wurde, wenigstens **in so weit** zurückgefordert werden, **als sie eine gezahlte Sache ist** (Art. 1376—1377).

Eben so wenig braucht man jetzt wie unter der Herrschaft des römischen Rechts zwischen dem Faktischen und dem Rechtsirrthume zu unterscheiden (ibid.).

Die Grundsätze der Billigkeit, welche das Gesetzbuch aufstellt, ziehen nothwendig die Folge nach sich, daß der Zielschuldner, der in der Unwissenheit über die Verfallzeit Dasjenige sofort zahlt, was er erst zu einem späteren Zeitpunkte schuldet, das Bezahlte zurückfordern kann, um es bis zur Verfallzeit zu genießen. Zwar wird die Sache trotz des Verfallziels geschuldet, sie wird aber

nur in Bezug auf das Kapital, auf den Stock geschuldet. Der Genuß, die Zinsen, werden vor der Fälligkeit nicht geschuldet. Derjenige also, welcher aus Irrthum diesen Genuß oder diese Zinsen durch Vorauszahlung verliert, zahlt mehr als er schuldig ist und kann die Rückforderung geltend machen. — In dem Falle, wo die Zahlung irrthümlich von einem Nichtschuldner an den wahren Gläubiger geschah, ist die Rückforderung unstatthaft, wenn der Gläubiger in Folge der Zahlung und in gutem Glauben, d. h. in der Unwissenheit, daß der, welcher ihn bezahlt hat, nicht sein Schuldner war, seine Urkunde vertilgt hat. — Klar ist, daß der redliche Glauben in der irrigen Meinung, die Sache werde geschuldet, und der böse Glauben in der Kenntniß besteht, sie werde nicht geschuldet (ibid.).

32. — Wenn es sich um Geldsummen oder andere unbestimmte Sachen handelt, dann muß der, welcher sie zur Ungebühr erhalten hat, solche zurückgeben, er mag in gutem oder bösem Glauben sein, und zwar entweder gerade die nämlichen Stücke, oder andere Sachen in gleicher Menge und Güte. Hiermit hat aber seine Verbindlichkeit ein Ende, wenn er in gutem Glauben ist. Ist er dagegen in bösem Glauben, dann muß er noch weiter entweder den Schätzungswerth der Sachen, oder wenn es sich um Geldsummen handelt, die Zinsen dieser Summen selbst alsdann bezahlen, wenn er sie nicht gezogen hat. Nur der gutgläubige Besitzer gewinnt hierbei die Früchte (Art. 1378—1380).

Wenn es sich um eine Liegenschaft, oder um ein bestimmtes Stück handelt, dann muß es der Empfänger in natura zurückgeben, wenn er es noch besitzt. Bezüglich der Früchte findet obige Unterscheidung Anwendung. War er im Augenblick des Eintritts der Verschlimmerungen, des Verlustes oder der Veräußerung in bösem Glauben, dann muß er in den beiden letzteren Fällen außerdem noch den wirklichen Werth ersetzen und im Falle der Verschlimmerung den Eigenthümer entschädigen, wenn die Verschlimmerungen auch durch Zufall entstanden wären, sofern er nicht nachweist, daß sie bei dem Eigenthümer gleichfalls eingetreten sein würden. Ist er aber in gutem Glauben, dann haftet er weder für Verschlimmerungen noch für den Verlust, der aus seiner Unterlassung der Obsorge entspringt (ibid.).

Die Liegenschaft, welche zur Ungebühr empfangen und dann veräußert worden ist, kann gegen den dritten Erwerber von dem vindicirt werden, der sie zur Ungebühr hingegeben hat. Man kann

ja keine Rechte übertragen, welche man selbst nicht hat,
von einem Nichteigenthümer geschehene Veräußerung m
Erwerber nicht zum Eigenthümer. Derjenige, welcher di
schaft, die er nicht anzusprechen hatte, als angebliche
erhielt, konnte deren Eigenthümer nicht werden, weil di
gabe nur irrthümlich und aus falscher Ursache geschah.
anders sein sollte, dann müßte es eine Ausnahme geben, vo
das Gesetz Nichts weiß. Uebrigens muß der Evictions
Veräußerer, sofern dieser in gutem Glauben ist, alles d
was derselbe dem Erwerber über den erhaltenen Preis
Der Schaden, wenn ein solcher vorliegt, muß denjeni
dessen Unklugheit und Unachtsamkeit ihn veranlaßt hat

Bezüglich der Ausgleichung der Aufwendungen, w
oder bösgläubige Besitzer gemacht hat, muß man der
prüfen. Die, welche für die Erhaltung der Sache ge
müssen stets ganz ersetzt werden, ohne Unterschied
oder bösem Glauben des Besitzers. Auf die bloß
nicht unumgänglichen Verwendungen muß man
Regel, wie solche der Art. 555 für jeden Besi
wenden. Endlich den Aufwand zum Vergnügen
thümer nicht zu ersetzen, vorbehaltlich des R
das wegzunehmen, was weggenommen werden
lage, den Ort in den früheren Stand herzu

II. Von den Vergehen und

33. — nennt man
freiwillige u Handlung,
Schaden ve er Absic
Das Ver liche,
Absicht zu

Verge kön
den beiden prü
erlaubt ist,
sie dem H
lich freiwi
bis 1383

S

H
un

...Wort über die Dauer der Ent-

...ge dreißig Jahre dauern, wie ...liche Klage. Stützt sich diese ...welche strafrechtlich verboten ist, ...rjährung wie die Criminalklage ...bei Verbrechen, drei Jahre bei ...tretungen. — Wenn jedoch der ...lich strafbare That benützen und ...h zu ahndenden Fehler seine An- ...er die Klage dreißig Jahre lang ..., wenn das bürgerliche Vergehen ...gesetze unterliegende Uebertretung

...es Kapitel.

...n Gattungen von Verbind-...lichkeiten.

...hiedenen Standpunkten, die man wählt, ...ilungen der Verbindlichkeiten unterscheiden. ...lichkeiten vertragsmäßige oder nicht ...nach dem sie aus einem Vertrage oder einer ...ingen (Ueberschr. der Tit. III und IV). — ...der negative, je nach dem sie darin bestehen, ...oder zu geben, oder im Gegentheile diese Sache ...r nicht zu thun (Art. 1136—1142). — Sie sind ...ht liquid, je nach dem der Betrag ihres Gegen- ...bestimmt ist oder nicht (Art. 1291). — Sie be- ...mmte Stücke oder Gattungen, je nach dem der ...ls Individuum oder nur der Art nach, zu welcher er ...immt ist (Art. 1302). — Sie sind bevorzugte oder ...orzugte, Haupt- oder Nebenverbindlichkeiten, ...che oder natürliche u. s. w. . . .

...wäre übrigens nutzlos, auf alle diese Eintheilungen ein- ...; und mit Ausnahme der Eintheilung der Verbindlichkeiten ...gerliche und natürliche, von denen es nöthig ist, einige W... ...en, werden wir uns nur mit den Klassificationen, welch... ...Gesetzbuches selbst aufstellt, befassen, solche jedoch au... ...here Art auseinander setzen.

ja keine Rechte übertragen, welche man selbst nicht hat, und die von einem Nichteigenthümer geschehene Veräußerung macht den Erwerber nicht zum Eigenthümer. Derjenige, welcher die Liegenschaft, die er nicht anzusprechen hatte, als angebliche Zahlung erhielt, konnte deren Eigenthümer nicht werden, weil die Uebergabe nur irrthümlich und aus falscher Ursache geschah. Wenn es anders sein sollte, dann müßte es eine Ausnahme geben, von der aber das Gesetz Nichts weiß. Uebrigens muß der Evictionskläger dem Veräußerer, sofern dieser in gutem Glauben ist, alles das ersetzen, was derselbe dem Erwerber über den erhaltenen Preis bezahlt hat. Der Schaden, wenn ein solcher vorliegt, muß denjenigen treffen, dessen Unklugheit und Unachtsamkeit ihn veranlaßt hat (ibid.).

Bezüglich der Ausgleichung der Aufwendungen, welche der gut- oder bösgläubige Besitzer gemacht hat, muß man deren Eigenschaft prüfen. Die, welche für die Erhaltung der Sache gemacht wurden, müssen stets ganz ersetzt werden, ohne Unterschied zwischen gutem oder bösem Glauben des Besitzers. Auf die bloß nützlichen, aber nicht unumgänglichen Verwendungen muß man die allgemeine Regel, wie solche der Art. 555 für jeden Besitzer aufstellt, anwenden. Endlich den Aufwand zum Vergnügen braucht der Eigenthümer nicht zu ersetzen, vorbehaltlich des Rechts des Besitzers, das wegzunehmen, was weggenommen werden kann, mit der Auflage, den Ort in den früheren Stand herzurichten (Art. 1381).

II. Von den Vergehen und Versehen.

33. — Vergehen nennt man im bürgerlichen Rechte jede freiwillige und unerlaubte Handlung, welche einem Andern einen Schaden verursacht und in der Absicht begangen wird, zu schaden. Das Versehen ist das nämliche, mit dem Unterschiede, daß die Absicht zu schaden fehlt.

Vergehen und Versehen können die Ersatzansprache nur unter den beiden Voraussetzungen begründen: — 1. daß die Handlung unerlaubt ist, d. h. daß sie eine Rechtsverletzung enthält; — 2. daß sie dem Handelnden zugerechnet werden kann, d. h. daß sie wirklich freiwillig ist und aus freier Entschließung entspringt (Art. 1382 bis 1383).

So verhält es sich bei der Unterlassung wie bei der positiven Handlung durch Begehen. Das Unterlassen muß zurechenbar und unerlaubt sein, wenn die Ersatzansprache zuläßig sein soll, und

man ist für eine Enthaltung von einer Sache nur dann verantwortlich, wenn diese Sache durch das Gesetz geboten war (ibid.).

Uebrigens will das Gesetz hier nur von der Verletzung der allgemeinen und nicht von der der besonderen Pflichten sprechen, die aus Verbindlichkeiten entspringen. Diese Unterscheidung ist gar nicht unwichtig wegen der Folgerungen, welche die falsche Ansicht von der Identität der allgemeinen und der besonderen Pflichten bezüglich der Schaden, welche unmöglich vorhergesehen werden können, nach sich ziehen würde. Diese Folgerungen wären falsch, wenn man in unserer Lehre die Unterscheidung, welche das Gesetz wegen der Verletzung von Verbindlichkeiten macht, anwenden wollte (ibid.).

34. — Die Fälle, in welchen das Gesetz einer Person die Verantwortlichkeit für den durch Andere, die von ihr abhängen, oder durch Thiere oder Sachen, welche ihr gehören oder ihrer Obhut anvertraut sind, verursachten Schaden auferlegt, sind Fälle von Versehen (Art. 1384—1386).

Diese Verantwortlichkeit beruht auf der gesetzlichen Vermuthung, daß der Verpflichtete gehalten, die Personen oder Sachen zu überwachen, es nachlässiger Weise unterlassen habe, und die Vermuthung der Nachlässigkeit, die hier kraft Gesetzes aus dem Nachweis des von den Personen, Thieren oder Sachen verursachten Schadens fließt, ist je nach den Fällen mehr oder weniger streng (ibid.).

35. — Der Vater haftet für den Schaden, welchen sein Kind anrichtet, sofern dieses Kind minderjährig ist und bei ihm wohnt. Die Unterscheidung, ob das Kind emancipirt ist oder nicht, ist hier unzulässig. Anders würde es sich verhalten, wenn das Kind verheirathet war, weil es dann der väterlichen Gewalt entlassen ist. War es dem Vater unmöglich, das Kind zu überwachen, dann fällt die Verantwortlichkeit auf die Mutter. Im Falle der Scheidung ruht sie auf dem Ehegatten, welchem die Obhut des Kindes überlassen wurde. Gleiche Verantwortlichkeit hat der Vormund, wenn ihm die Obhut des Kindes auferlegt ist.

Die genannten Personen können die Verantwortlichkeit durch den Beweis von sich ablehnen, daß es ihnen unmöglich war, die schädliche Handlung zu hindern, obgleich ihre Wachsamkeit und Sorgfalt so gewesen, wie sie sein sollten. Die Lehrer und Handwerksmeister haften ebenfalls für den Schaden, welchen ihre Zöglinge oder Lehrlinge anrichten, und sie entladen sich dieser Verbindlichkeit gleichfalls durch den Beweis, daß sie ihn nicht hindern konnten.

Die Dienstherren und die Auftraggeber haben die gleiche Verantwortlichkeit auf sich; sie können aber zu dem Beweise nicht zugelassen werden, daß sie die schädliche Handlung ihrer Dienstboten und Geschäftsführer nicht haben hindern können, weil diese in dem Vollzug der Geschäfte gehandelt haben, welche ihnen oblagen.

Wenn übrigens der Urheber der That mit Ueberlegung gehandelt hat, dann kann der, welchem der Schaden zugefügt wurde, nach seiner Wahl entweder gegen den Urheber der That selbst, oder gegen die bürgerlich verantwortliche Person klagen; und wenn Letztere die Entschädigung bezahlt hat, dann hat sie ihren Rückgriff auf den Urheber der That (Art. 1384).

36. — Der Eigenthümer eines Thieres ist für den Schaden verantwortlich, welchen dieses Thier verursacht hat, ob es nun unter seiner Obhut, oder verirrt oder entsprungen war. Denn entweder hat er nicht alle Maßregeln ergriffen, welche die Vorsicht gebot, dann ist er im Fehler, oder das Thier ist von solcher Natur, daß alle Vorsichtsmaßregeln unnütz sind, dann begeht er dadurch einen Fehler, daß er es hält (Art. 1385).

Die Verantwortlichkeit findet auf Kaninchen im Gehäge Anwendung, aber nicht auf Kaninchen, die frei in den Wäldern sind, noch auf jedes andere Wild, weil der Eigenthümer des Gehäges Eigenthümer der Kaninchen ist, während das Wild dagegen nicht dem gehört, auf dessen Grund und Boden es sich aufhält (ibid.)

Derjenige, welcher ein Thier miethet oder leiht, oder es zur Aufbewahrung erhält, unterliegt der gleichen Verantwortlichkeit; nur hat er seinen Rückgriff auf den Herrn, wenn ihn dieser nicht von der eigensinnigen oder gefährlichen Natur des Thieres in Kenntniß gesetzt hat (ibid.).

Der Eigenthümer eines Gebäudes endlich haftet für den Schaden, den dessen Einsturz verursacht, wenn solcher als Folge mangelnder Unterhaltung oder durch fehlerhafte Bauart eingetreten ist; im letzteren Falle hat aber der Eigenthümer seinen Rückgriff auf die Baumeister oder Bauunternehmer. Hier liegt ebenfalls eine gesetzliche Vermuthung zu Grunde und der Eigenthümer wird nicht einmal zu dem Beweise zugelassen, daß er den Zufall nicht habe hindern können (Art. 1386).

Uebrigens werden verschiedene andere Fälle von Verantwortlichkeit neben dem bürgerlichen Gesetzbuche durch besondere Gesetze geregelt, und wir werden deren auch noch im bürgerlichen Gesetzbuche selbst finden.

37. Wir haben nun noch ein Wort über die Dauer der Entschädigungsklage zu sagen.

Der Regel nach muß diese Klage dreißig Jahre dauern, wie jede andere persönliche und bewegliche Klage. Stützt sich diese Klage aber auf eine Uebertretung, welche strafrechtlich verboten ist, dann unterliegt sie der gleichen Verjährung wie die Criminalklage selbst. Sie beträgt zehn Jahre bei Verbrechen, drei Jahre bei Vergehen und ein Jahr bei Uebertretungen. — Wenn jedoch der Verletzte absichtlich nicht die peinlich strafbare That benützen und bloß auf einen einfachen bürgerlich zu ahndenden Fehler seine Ansprüche gründen will, dann kann er die Klage dreißig Jahre lang anstellen, wie er es immer kann, wenn das bürgerliche Vergehen oder Versehen keine dem Strafgesetze unterliegende Uebertretung enthält (Art. 1386).

Zweites Kapitel.

Von den verschiedenen Gattungen von Verbindlichkeiten.

38. — Nach den verschiedenen Standpunkten, die man wählt, kann man zahlreiche Eintheilungen der Verbindlichkeiten unterscheiden.

So sind die Verbindlichkeiten *vertragsmäßige* oder *nicht vertragsmäßige*, je nach dem sie aus einem Vertrage oder einer anderen Quelle entspringen (Ueberschr. der Tit. III und IV). — Sie sind *positive* oder *negative*, je nach dem sie darin bestehen, eine Sache zu thun oder zu geben, oder im Gegentheile diese Sache nicht zu geben oder nicht zu thun (Art. 1136—1142). — Sie sind *liquid* oder *nicht liquid*, je nach dem der Betrag ihres Gegenstandes bereits bestimmt ist oder nicht (Art. 1291). — Sie betreffen *bestimmte Stücke* oder *Gattungen*, je nach dem der Gegenstand als Individuum oder nur der Art nach, zu welcher er gehört, bestimmt ist (Art. 1302). — Sie sind *bevorzugte* oder *nicht bevorzugte*, *Haupt-* oder *Nebenverbindlichkeiten*, *bürgerliche* oder *natürliche* u. s. w. . . .

Es wäre übrigens nutzlos, auf alle diese Eintheilungen einzugehen; und mit Ausnahme der Eintheilung der Verbindlichkeiten in bürgerliche und natürliche, von denen es nöthig ist, einige Worte zu sagen, werden wir uns nur mit den Klassificationen, welche der Text des Gesetzbuches selbst aufstellt, befassen, solche jedoch auf eine etwas logischere Art auseinander setzen.

39. — Man sollte meinen, die natürliche Verbindlichkeit im Gegensatze zu der bürgerlichen sei ganz einfach diejenige, die der Vernunft und dem Gewissen nach gültig, dem positiven Gesetze nach aber nichtig ist. Dieser Begriff, der ganz richtig wäre, wenn es sich um den Gegensatz von Moral und Recht handelte, kann schwerlich, wo nicht unmöglich hier zugelassen werden.

Da diese Verbindlichkeit hier wie eine Pflicht, welche das positive Gesetz selbst anerkennt und beschützt, erscheint (obgleich es sie von der gewöhnlichen Verbindlichkeit unterscheidet), und unser Gesetzbuch auf der andern Seite, zum Unterschiede vom römischen Rechte, allenthalben die Regeln der Billigkeit befolgen und jede ernstlich gemeinte und erlaubte Uebereinkunft als bürgerlich wirksam zulassen will, so begreift man nicht, wie in den Augen des Gesetzgebers eine Verbindlichkeit in der Billigkeit bestehen kann, ohne dadurch schon eine gewöhnliche bürgerliche Verbindlichkeit zu sein, wie das Gesetz zulassen kann, daß eine wahrhaft rechtliche und vernünftige Verbindlichkeit bestehe, ohne ihr die rechtliche Wirksamkeit zu verleihen; es scheint, daß bei uns jede Verbindlichkeit schon dadurch, daß sie gesetzlich anerkannt ist, zur bürgerlichen Verbindlichkeit werden muß.

In der That verhält es sich in der Wirklichkeit der Dinge so, und die Unterscheidung, die uns hier beschäftigt, ist nicht viel mehr als eine Redensart; denn die Verbindlichkeit, um welche es sich hier handelt, wird in dem Augenblick *bürgerlich* wirksam, wo das Gesetz anerkennt, daß sie als natürliche besteht. Während sie der Gesetzgeber anfangs als *nach Billigkeit und Recht nichtig* angesehen, erklärt er sie *nach Recht wie nach Billigkeit* für gültig, sobald der freiwillige Vollzug Seitens des Schuldners, oder eine andere gleichgeltende Handlung, die von Seiten des Letzteren den wirklichen Bestand der Schuld beurkundet, den Irrthum nachweist, in welchem man sich befand.

Nach dem bürgerlichen Gesetzbuche muß man also unter natürlicher Verbindlichkeit diejenige Verbindlichkeit verstehen, welche der Gesetzgeber Anfangs in Anwendung einer allgemeinen Präsumtion der Ungültigkeit für nichtig hält, und welche er in der Folge genehmigt, weil ein freiwilliger Vollzug oder irgend eine gleichgeltende Handlung den Nachweis lieferte, daß diese Vermuthung eine falsche war.

Offenbar kann diese Genehmigung übrigens nicht auf Verbindlichkeiten ausgedehnt werden, welche das Gesetz für unerlaubte

hält, und deren Ungültigkeit also aus einem gesetzlichen Verbote entspringt. Der Gesetzgeber, der einen Vertrag absolut verbieten will, kann dessen Vollzug nicht unter seinen Schutz nehmen (Art. 1235, 1272, Nro. III).

40. — Nach diesen Bemerkungen wollen wir in diesem Kapitel nach einander abhandeln: — 1. Von den unbedingten und bedingten Verbindlichkeiten; — 2. von den vertagten und verfallenen Verbindlichkeiten; — 3. von den einfachen und zusammengesetzten Verbindlichkeiten, in Bezug auf ihren Gegenstand, worunter die vereinigten, die alternativen und die facultativen Verbindlichkeiten begriffen sind; — 4. die einfachen und die mehrfachen Verbindlichkeiten, so weit sie Personen betreffen, worunter man die Mitverbindlichkeiten und die Sammtverbindlichkeiten versteht; — 5. von den theilbaren und untheilbaren Verbindlichkeiten; — 6. endlich von den Haupt- und Nebenverbindlichkeiten, insbesondere den Strafgedingen.

I. Abschnitt.

Von den bedingten Verbindlichkeiten.

I. Von Bedingungen überhaupt und deren verschiedenen Gattungen.

1) Natur der Bedingung und ihre verschiedenen Gattungen.

41. — Unter Bedingung versteht man das künftige und ungewisse Ereigniß, von dem die Existenz eines Rechtes abhängt, welches zu Stande kommt oder nicht, je nach dem dieses Ereigniß eintritt oder nicht.

Das Ereigniß muß ein künftiges sein; und das, welches schon eingetreten, den Betheiligten aber unbekannt ist, gibt keine Bedingung ab. Die Verbindlichkeit, welche von einem solchen Ereigniß abhängt, hat nichts Bedingtes an sich, wenn die Betheiligten dessen gegenwärtigen Stand auch nicht kennen; sie ist nur in so fern einem Ziele unterworfen, als ihr Vollzug während der Zeit verzögert wird, welche erforderlich ist, um sich über das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der vorgesehenen Thatsache zu verlässigen. Das künftige Ereigniß muß auch ein ungewisses sein; denn es ist offenbar, daß, wenn dessen Eintritt unausbleiblich ist, die Verbindlichkeit sofort zu Stande kommt und nur vertagt ist (Art. 1168, 1181).

42. — Es liegt im Wesen einer Bedingung, das sie die Existenz des Gegenstands, welchen sie betrifft, aufschiebt; eine bedingte Sache ist diejenige, welche bestehen wird, wenn... und nicht bestehen wird, wenn... Die Bedingung ist also nothwen-

dig und immer aufschiebend, sowohl wenn sie sich auf die Auflösung eines Rechts bezieht, als wenn sie das Recht selbst betrifft. In diesem letzteren Falle ist das Recht (die Verbindlichkeit zum Beispiel) selbst bedingt; im anderen Falle ist es nur die Auflösung dieses Rechts, und dieses selbst bleibt unbedingt. Obgleich nun zwar die Bedingung nur aufschiebend sein kann, aufschiebend in Bezug auf das Recht oder in Bezug auf die Auflösung dieses Rechts, und da die Bedingung, welche die Aufhebung des Rechtes bewirkt, dieses Recht vollständig und mit rückwirkender Kraft aufhebt, so hat man sich daran gewöhnt, das Recht, welches der bedingten Aufhebung unterliegt, als von der Bedingung selbst ergriffen zu betrachten, welche letztere man in diesem Falle eine auflösende Bedingung genannt hat. Diese Ausdrucksweise, welche zwei Arten von Bedingungen aufstellt, obgleich es deren nur eine geben kann, ist übrigens gleichgültig, wenn man die Begriffe richtig erfaßt, welche sie ziemlich unrichtig ausdrückt (Art. 1168).

Hierbei ist noch das zu bemerken, daß bei jedem Uebertrage von dinglichen Rechten eine Bedingung, sie mag aufschiebend oder auflösend sein, für den einen Theil nicht bestehen kann, ohne für den anderen nicht die entgegengesetzte Bedingung nach sich zu ziehen: wenn der Erwerber das Recht unter einer aufschiebenden Bedingung erhält, so behält es der Veräußerer unter einer auflösenden Bedingung und umgekehrt (ibid.).

Uebrigens kann das Nichteintreten eines Ereignisses so gut wie dessen Eintreten als Bedingung genommen werden, sei es als aufschiebende oder als auflösende, so daß die Bedingung bald eine positive und bald eine negative ist.

43. — Die Bedingungen, welche eine unmögliche, den guten Sitten oder Gesetzen widerstreitende Sache zum Gegenstande haben, sind nichtig und machen auch die Uebereinkunft, welche davon abhängt, nichtig (Art. 1172).

Diese Regel aber, welcher das Gesetz in Folge eines nicht zu entschuldigenden Schlendrians die Testamente und Schenkungen entzieht (Art. 900), darf man nur mit Unterscheidung anwenden.

Es ist also klar, daß, wenn die aufschiebende Bedingung einer unmöglichen, unsittlichen oder unerlaubten Sache immer nichtig ist, und die Uebereinkunft immer vernichtet, wenn sie eine positive ist, d. h. wenn sie darin besteht, die vorgesehene Sache zu thun, sie, je nach den Fällen, ihre volle Gültigkeit behalten kann, wenn sie eine negative ist und darin besteht, diese Sache nicht zu thun.

Ebenso begreiflich ist es, daß die Regel bei der auflösenden Bedingung das gerade Gegentheil von dem sein muß, was sie bei der aufschiebenden Bedingung ist (Art. 1172).

44. Das Gesetz unterscheidet ferner zufällige, willkürliche und gemischte Bedingungen.

Die Bedingung ist willkürlich, wenn es in der Macht des Einen oder Anderen der Betheiligten steht, das vorgesehene Ereigniß eintreten oder fehlschlagen zu lassen. Sie ist gemischt, wenn dieses Ereigniß zugleich von dem Willen einer Parthie und dem eines Dritten abhängt. Jede andere Bedingung ist eine zufällige, mag sie nun gänzlich vom Zufalle abhängen, oder von dem ausschließlichen Willen eines Dritten, oder vom Zufall und dem Willen des Dritten zugleich, oder endlich von dem Willen des Dritten und dem Zufall (Art. 1169—1171).

Uebrigens ist diese Unterscheidung, so wichtig sie in der Lehre von den Schenkungen ist, hier ganz bedeutungslos. Denn die willkürliche Bedingung, welche wir soeben nach dem Gesetzbuche definirt haben, ist nicht die nämliche, von der das nämliche Gesetzbuch erklärt, sie mache die von ihr abhängige Verbindlichkeit nichtig; so daß wir zwei Arten von willkürlichen Bedingungen unterscheiden müssen. Die oben definirte, welche in einer Begebenheit besteht, die in der Macht einer Parthie liegt, läßt die Verbindlichkeit immer gültig; die einzige, welche sie nichtig macht, ist diejenige, welche rein in der Laune des Verpflichteten besteht, in mera voluntate debitoris, ohne irgend ein Ereigniß, das eintreten oder fehlschlagen muß, oder mit einem Ereignisse, das wahrhaft bedeutungslos und der bloßen Laune gleichsteht: ich werde dir 600 Frks. zahlen, wenn ich will, oder wenn ich ein Glas Wein trinke (Art. 1174).

Wenn die Verbindlichkeit zwar mit jeder Zusatzbestimmung, die dem si voluero gleich gilt, nichtig ist, wenn dieses sogenannte Band ohne Existenz ist (weil es sich nicht verbinden heißt, wenn ich sage, ich mache mich verbindlich, wenn ich will), so ist es doch anders mit derjenigen, welche mit der Zusatzbestimmung: cum voluero, geschlossen ist, weil in diesem Falle, sofern es nicht ersichtlich ist, daß man einen Scherz hat treiben wollen, das Band besteht, und es wird sich nur darum handeln, zu ermessen, wie groß der Zeitraum ist, welchen man dem Schuldner hat lassen wollen. Es liegt dann nicht eine Bedingung, sondern ein Ziel vor (Art. 1185).

2) Von der Erfüllung der Bedingungen.

45. — Früher warf man die Frage auf, ob die Bedingungen in forma specifica erfüllt werden müssen, oder ob es genüge, wenn dies per aequi pollens geschehe. Heut zu Tag, wo das Gesetz die Absicht der Vertragspersonen über den buchstäblichen Sinn der Worte vorwalten läßt, kann hierüber keine Frage mehr sein, und die Bedingung wird füglich durch ein Aequivalent erfüllt (Art. 1156—1157).

Aus diesem Grundsatze, daß die Bedingung per aequi pollens erfüllt werden kann, folgt, daß die der Verbindlichkeit des Schuldners beigefügte Bedingung für erfüllt gilt, wenn sie durch sein Verschulden fehlschlägt. Darin liegt in der That ein sehr gerechtes Aequivalent (Art. 1178).

Eine positive Bedingung kann immer erfüllt werden, so lange sie nicht fehlgeschlagen ist, oder man die Gewißheit nicht erlangt hat, daß das Ereigniß nicht eintreten werde. Sie ist dagegen fehlgeschlagen, wenn eine der Bedingung beigefügte Frist abläuft, bevor das Ereigniß eingetreten ist (Art. 1176).

Die negative Bedingung dagegen ist erfüllt, wenn die beigesetzte Frist ablief, ohne daß das Ereigniß eingetreten ist, oder wenn man vor diesem Zeitpunkte die Gewißheit erlangt, daß es nicht eintreten wird (Art. 1177).

3) Von der Wirkung der Bedingungen.

46. — Das Recht, das von einer Bedingung abhängt, existirt entweder, oder es hat, sogar vom Augenblicke des Vertragsabschlusses an, in Folge des Grundsatzes der rückwirkenden Kraft, welche jeder Bedingung innewohnt, nie existirt. Darin besteht die unmittelbare und hauptsächliche Wirkung der Bedingungen, woraus denn auch alle Regeln fließen, die sich auf die Gefahr, die Früchte u. s. w. beziehen. Obgleich also, pendente conditione, das Recht noch nicht existirt, so wird es doch so angesehen, als ob es immer bestanden hätte, wenn die Bedingung in Erfüllung gegangen ist; während es so angesehen wird, als ob es nie bestanden hätte, wenn die Bedingung fehlschlägt.

Wenn die Bedingung auf den Tag des Vertragsabschlusses zurückwirkt, und wenn das Recht von diesem Augenblicke an so angesehen wird, als wenn es dem Gläubiger immer angehört hätte, so folgt nothwendig daraus, daß dieses Recht in dem Zustande auf ihn übergeht, wie es am Tage des Abschlusses dieses Vertrags

existirte: so daß alle Rechte, welche der Schuldner pendente conditione auf eine Liegenschaft verwilligt haben mag, die er bedingungsweise zu übergeben versprochen hatte, wie das Eigenthum selbst erlöschen müssen. Ebenso müssen die pendente conditione gezogenen Früchte dem Käufer ersetzt werden, vorbehaltlich des Rechts des Verkäufers, sich die Zinsen des Kaufpreises verrechnen zu lassen.

Diese Wirkungen können übrigens durch die Betheiligten modificirt werden, ohne daß es einer ausgedrückten Absicht in dieser Beziehung von ihrer Seite bedürfte.

47. — Trotz des Grundsatzes der Rückwirkung, kann der Gläubiger pendente conditione alle die Vorsichtsmaßregeln ergreifen, welche auf Erhaltung seines Rechts abzielen, und die Rechtshandlungen, die er zu diesem Zwecke etwa macht, müssen von dem Schuldner respectirt werden. Zwar ist das Recht des Gläubigers noch nicht entstanden, es gibt für ihn nur eine Hoffnung, diese Hoffnung genügt aber, um zu Erhaltungshandlungen zu ermächtigen (Art. 1180).

II. Von der aufschiebenden Bedingung.

48. — Die aufschiebende Bedingung wirkt, wenn sie in Erfüllung geht, auf den Tag des Vertragsabschlusses zurück und stellt den Gläubiger so dar, als wäre er gerade von diesem Tage an in das bedingte Recht eingesetzt gewesen.

Dieser Grundsatz ist nicht so absolut, daß er nicht zuweilen gebeugt werden dürfte. Damit die rückwirkende Kraft eintreten kann, ist noch erforderlich, daß die Sache, welche den Gegenstand des Vertrags ausmacht, im Augenblick des Eintritts der Bedingung existirt; sonst, und wenn die Sache zu Grunde gegangen, ist die Erfüllung der Bedingung vergeblich; denn die Verbindlichkeit des Schuldners kann aus Mangel an einem Gegenstande nicht entstehen, und die des Gläubigers, im Falle eines belasteten Vertrags, kann in Ermangelung einer Ursache nicht bestehen. Darin liegt der Grund, daß die Sache, wenn sie ein gewisses und bestimmtes Stück ist, auf Gefahr des Schuldners ist (Art. 1182, Abs. 2).

Wenn die Sache, anstatt ganz zu Grunde zu gehen, sich nur verschlimmert hat, und zwar durch den Fehler des Schuldners, so hat der Gläubiger die Wahl, entweder von dem Vertrag abzugehen, oder die Sache um ihren jetzigen Preis zu nehmen, vor-

behaltlich des Anspruchs in beiden Fällen auf entsprechende Entschädigung (Art. 1182, Abs. 4).

Die Entscheidungen der beiden vorhergehenden Absätze scheinen uns durch die Rechtsgrundsätze gerechtfertigt; das Gleiche läßt sich aber nicht von derjenigen sagen, welche das Gesetz in dem Falle gibt, wo die Sache, pendente conditione, ohne Fehler des Schuldners sich verschlimmert. In diesem Falle wäre es offenbar gerecht gewesen, die Verschlimmerung dem Gläubiger aufzubürden, weil er auch den Vortheil der Verbesserungen oder des Zuwachses ziehen würde. Das Gesetz ist aber bestimmt und der Richter muß dem Gläubiger die Wahl lassen, entweder die Verbindlichkeit aufzulösen, oder die Sache in dem Zustande, in welchem sie sich befindet, anzusprechen, ohne Minderung am Preis (Art. 1182, Abs. 3).

III. Von der auflösenden Bedingung.

49. — Statt den Bestand der Verbindlichkeit von dem Eintritt oder Nichteintritt einer Bedingung (welche das Gesetz eine aufschiebende nennt) abhängig zu machen, können die Betheiligten auch nur deren Auflösung daran knüpfen. Mit dieser letzteren, die entweder ausdrücklich oder stillschweigend ist, haben wir es hier zu thun.

50. — Von der ausdrücklichen auflösenden Bedingung. — Wenn die Betheiligten beim Schaffen eines Rechts stipuliren, daß es aufgelöst werden solle, je nach dem ein gewisses Ereigniß eintritt oder nicht, dann besteht das Recht von dem Tage des Vertragsabschlusses an und es kann folglich von diesem Tage an in Vollzug gesetzt werden. Wenn aber dieses so bestellte Recht auch ein unbedingtes ist, so verhält es sich doch ganz anders mit dessen Auflösung; diese bleibt in der Schwebe, so lange das vorgesehene Ereigniß nicht eintritt. Und so wie bei einer aufschiebenden Bedingung der Eintritt des Ereignisses auf den Tag des Vertragsabschlusses zurückwirkt, ebenso wirkt bei einer auflösenden Bedingung der Eintritt des Ereignisses auf den Tag der Uebereinkunft zurück und setzt die Dinge in den nämlichen Stand, als wenn das Recht nie bestanden hätte, und verpflichtet folglich den Gläubiger, das, was er empfangen hat, zurückzugeben (Art. 1183).

Es ist von Wichtigkeit, zu bemerken, daß, da die Bedingung eine einzige, d. h. immer eine aufschiebende ist, mag sich die Aufschiebung auf das Recht an sich selbst oder auf dessen Auflösung beziehen, die rückwirkende Kraft von keiner anderen Be-

schaffenheit sein kann: sie kann auch nur eine einzige sein, so daß man sie auf die auflösende Bedingung mit allen ihren Folgen bezüglich der Gefahr, der Früchte u. s. w. beziehen muß.

51. — Von der stillschweigenden auflösenden Bedingung. — Wenn bei einem doppelseitigen Vertrage der eine Theil eine Verbindlichkeit dem andern gegenüber übernimmt, dann ist es offenbar, daß er seine Verbindlichkeit nur unter der Voraussetzung zu vollziehen gedenkt, daß der andere auch die seinige vollziehen werde. In Folge dessen stellt das Gesetz den Grundsatz auf, daß bei jedem zweiseitigen Vertrag die auflösende Bedingung für den Fall immer hinzu gedacht wird, wo der eine Theil seiner Verpflichtung nicht nachkommt.

Zum Unterschiede von der ausgedrückten Bedingung, die mit ihrem Eintreten sofort zu Gunsten einer wie der andern Partei, und sogar ohne deren Wissen wirkt, hat diese keine andere Wirkung als die, daß sie der Partei, der gegenüber die Verpflichtung nicht vollzogen worden ist, die Auflösung des Vertrags zu fordern gestattet: eine Auflösung, deren Ausspruch der Richter je nach den Umständen verschieben kann, um dem Beklagten Zeit zum Vollzuge zu geben. Uebrigens ist es ausgemacht, daß der bloße Verzug Anspruch auf Entschädigung geben kann, mag man nun auf Vollzug des Vertrags oder auf dessen Auflösung klagen.

Selbst dann, wenn die Auflösung wegen Nichtvollzugs des Vertrags von den Betheiligten ausdrücklich bedungen worden ist, liegt in dieser Stipulation, die unter dem Namen pactum commissorium bekannt ist, noch nicht die ausdrückliche auflösende Bedingung des Art. 1183. Diese letztere wirkt, wie wir wissen, für beide Theile ipso facto; das pactum commissorium dagegen kann nur von dem Theile geltend gemacht werden, dem gegenüber man nicht vollzieht, unabbrüchig des diesem zustehenden Rechtes, auf Vollzug des Vertrags zu klagen (Art. 1184).

II. Abschnitt.

Von den vertagten Verbindlichkeiten.

52. — Zum Unterschiede von der bedingten Verbindlichkeit besteht die vertagte sofort vom Tage der Uebereinkunft an; aber ihre Betreibbarkeit ist bis zum Augenblicke des Eintritts des Tages aufgeschoben (Art. 1185).

Von dem Tag, der so die Ausübung des Rechts in der Hand des Gläubigers lähmt, wird immer vermuthet, er sei zu Gunsten

des Schuldners gesetzt, und da es Jedermann freisteht, auf die zu seinem ausschließlichen Nutzen eingeführten Rechte zu verzichten, so kann sich der Schuldner in der Regel des Vortheils des Verfalltags immer begeben. Anders verhält es sich übrigens, wenn dieser Verfalltag entweder im gemeinsamen Interesse des Schuldners und des Gläubigers, oder zum alleinigen Vortheile dieses Gläubigers bedungen worden ist, was sich nicht allein aus einer ausdrücklichen Uebereinkunft, sondern auch aus den Umständen ergeben kann (Art. 1187).

53. — Der Verfalltag beruht entweder auf dem Rechte oder auf Gnade, je nach dem er aus dem Vertrage entspringt oder vom Richter ausgeht. Der Erstere, den man auch den vertragsweisen Verfalltag nennt, ist ausdrücklich oder stillschweigend, je nach dem er bestimmt bedungen worden oder bloß aus der Natur des Vertrags selbst sich ergibt (Art. 1185).

54. — So lange der Verfalltag noch nicht verflossen, d. h. so lange der letzte Tag der Frist noch nicht abgelaufen ist, kann der Gläubiger von seinem Schuldner das nicht verlangen, was ihm unter dieser Zusatzbedingung geschuldet wird, sofern nicht der Schuldner auf die Vergünstigung des Ziels verzichtet hat. Dieser Verzicht, welcher ausdrücklich geschehen kann, kann auch stillschweigend sein, und das Gesetz läßt ihn vermuthungsweise sich aus jeder Vorauszahlung ergeben; diese Vermuthung kann aber vom Schuldner bestritten werden, der auf den Beweis hin, daß er nur in der Unkenntniß über die Zahlungsfrist bezahlt habe, zurückfordern kann (Art. 1186 und 1376).

Der Schuldner kann die Vergünstigung der Zahlungsfrist nicht mehr ansprechen, wenn er in Gant oder Vermögenszerfall geräth; oder wenn die dem Gläubiger durch den Vertrag geleisteten oder versprochenen Sicherheiten durch die That des Schuldners gemindert oder von ihm gar nicht verwirklicht worden sind (Art. 1188).

III. Abschnitt.

Von den alternativen und den facultativen Verbindlichkeiten.

55. — Die Verbindlichkeit ist eine alternative, wenn sie, statt nur einen einzigen Gegenstand zu haben, deren mehrere darbietet, von denen jedoch nur ein einziger, und zwar nach dem Belieben des Theils, welchem die Wahl zusteht, geleistet werden muß. Ich schulde dir z. B. das und das Haus, oder 60,000 Frs., oder die und die Arbeit. In der Regel hat der Schuldner die Wahl; man

kann aber über das Gegentheil übereinkommen (Art. 1189, 1190 und 1196).

Facultativ ist die Verbindlichkeit, wenn sie zwar mehrere Leistungen in sich begreift, von denen aber nur eine den Gegenstand ausmacht, während die andere oder die anderen nur als Gegenstand einer aushilfsweisen, dem Schuldner vorbehaltenen Befugniß angegeben sind. Ich schulde dir z. B. das Haus, und nur dieses; es soll mir aber anheim gegeben sein, mich dadurch frei zu machen, daß ich dir 60,000 Frs. bezahle (Art. 1196).

Der Regel nach, und wenn die Wahl bei der alternativen Verbindlichkeit dem Schuldner zusteht, haben beide Verbindlichkeiten das gemein, daß der Schuldner durch die Leistung frei wird, welche ihm zu wählen beliebt, und daß er gehalten ist, diese Leistung ganz zu machen, ohne einen Theil der einen und einen Theil der anderen zu bieten; man muß sich aber wohl hüten, sie deßhalb zu vermengen, denn ihre natürliche Verschiedenheit zieht wichtige Folgen nach sich.

56. — In der That, wenn — 1. die eine der Sachen (wenn wir voraussetzen, daß es deren nur zwei sind) von der Beschaffenheit ist, daß sie nicht Gegenstand einer Schuld sein kann, dann bezieht sich die alternative Verbindlichkeit einzig auf die andere Leistung und wird somit einfach; während, wenn die Sache zum Gegenstande einer facultativen Verbindlichkeit genommen war, diese Verbindlichkeit und mit ihr die Befugniß zur Leistung eines Ersatzes nichtig würde. — 2. Bei der alternativen Verbindlichkeit bleibt der wahre Gegenstand der Verbindlichkeit so lange unbekannt, als ihn die Wahl der Partei nicht bestimmt hat, so daß, wenn es sich um zwei Sachen handelt, von denen die eine Fahrniß, die andere Liegenschaft ist, man erst in Folge der Wahl wissen kann, ob die Schuld eine fahrende oder liegende ist; während bei der facultativen Verbindlichkeit der Gegenstand und folglich die Beschaffenheit der Schuld ab initio bekannt sind, und diese Schuld z. B. eine liegenschaftliche selbst dann bleibt, wenn sich der Schuldner davon durch eine Fahrniß, die in facultate solutionis war, frei macht. — 3. Bei der facultativen Verbindlichkeit kann der Gläubiger immer nur eine einzige Sache, als den einzigen Gegenstand der Schuld fordern; bei der alternativen Verbindlichkeit dagegen muß er den Schuldner auf die eine oder andere Leistung nach der Wahl des Letzteren belangen, oder wenn die Wahl ihm, dem Gläubiger, zusteht, mag er die von beiden verlangen, welche ihm beliebt. —

4. Bei der facultativen Verbindlichkeit endlich erlöscht die Schuld schon dadurch, daß der einzige Gegenstand ohne Fehler des Schuldners in die Lage kommt, daß er nicht mehr geleistet werden kann; während die Unmöglichkeit, eine der alternativ schuldigen Leistungen zu vollziehen, mag sie auch ohne Fehler des Schuldners eingetreten sein, die Schuld auf die andere Leistung hinweist und diese Schuld also zur einfachen macht: nur dann erlöscht die alternative Verbindlichkeit, wenn alle Leistungen ohne Fehler des Schuldners unmöglich geworden sind (Art. 1193 und 1195).

57. — Was tritt bei der einen oder anderen Verbindlichkeit ein, wenn durch Fehler des Schuldners sich die Leistung der einen oder jede der alternativen Leistungen in der Unmöglichkeit befindet, vollzogen zu werden? . . . Offenbar kann bei der facultativen Verbindlichkeit der Gläubiger hier nur den Geldwerth der Leistung verlangen, ohne je die in facultate vorbehaltene Sache, welche der Schuldner für seine Person immerhin das Recht behält zu bezahlen, fordern zu können. Bezüglich der alternativen Verbindlichkeit muß man aber unterscheiden: wenn der Schuldner die Wahl hatte, so macht die Unmöglichkeit, in welche er sich durch eigenes Verschulden versetzt hat, eine der Leistungen zu vollziehen, die Schuld zur einfachen, ohne daß er das Recht hätte, den Geldwerth der unmöglich gewordenen Leistung anzubieten; und wenn sie alle beide unmöglich geworden sind, dann schuldet er den Werth derjenigen, die es zuletzt wurde (Art. 1193). Stand die Wahl dem Gläubiger zu, dann gibt die dem Schuldner zuzurechnende Unmöglichkeit, eine der Leistungen zu vollziehen, diesem Gläubiger die Befugniß, entweder die zweite Leistung oder den Werth der ersten zu verlangen; und wenn alle zwei unmöglich sind, dann kann er selbst dann, wenn der Schuldner nur in Bezug auf die eine im Verschulden ist, den Werth der einen oder der anderen verlangen (Art. 1194).

Es ist nicht immer leicht, die eben angegebenen Regeln vollständig zu rechtfertigen, und zwei derselben können ziemlich unbillig sein; aber das Gesetz hat sie bestimmt aufgestellt. Uebrigens braucht es kaum angeführt zu werden, daß der Gläubiger, je nach den Fällen, außer dem Werthe der Leistung, deren ihn der Fehler des Schuldners beraubt, noch Entschädigung anzusprechen befugt sein kann (Art. 1193 — 1194).

IV. Abschnitt.

Von den einfachen und mehrfachen Verbindlichkeiten, und namentlich von den solidarischen Verbindlichkeiten.

58. — Wenn der Gegenstand der Verbindlichkeit einer einzigen Person von einer einzigen Person geschuldet wird, dann liegt eine einfache Verbindlichkeit vor; die Verbindlichkeit ist dagegen, in Bezug auf die Personen, eine mehrfache, wenn die Leistung entweder von mehreren Schuldnern einem einzigen Gläubiger, oder mehreren Gläubigern von einem einzelnen Schuldner geschuldet wird. — Die mehrfache Verbindlichkeit zerfällt in die getrennte und die vereinigte, je nachdem der Schuldner oder Gläubiger es nur alternativ oder zusammen sind; und im letzteren Falle theilt sich die Verbindlichkeit weiter in die einfache Mitschuldigkeit oder die Sammtschuldigkeit. — Bei der bloßen Mitschuld, mag die Vereinigung bei den Schuldnern oder den Gläubigern liegen, hat man immer nur eine einzige Verbindlichkeit, bei der jeder Schuldner nur für seinen Theil haftet, wie auch jeder Gläubiger nur seinen Theil fordern kann.

59. — Wenn dagegen Sammtverbindlichkeit vorliegt, dann ist, obgleich hier auch nur eine einzige Verbindlichkeit vorhanden ist, jeder Schuldner für das Ganze der Schuld haftbar, und ebenso kann jeder Gläubiger das Ganze der Forderung verlangen; in der Weise jedoch, daß die Zahlung, die einer der Sammtschuldner einem der Gläubiger leistet, die Schuld Jedem gegenüber aufhebt. Von selbst versteht sich, daß die Vortheile der einmal geleisteten Zahlung sich unter alle Gläubiger vertheilen; wie auch alle Schuldner die Vortheile verrechnen müssen, welche der von ihnen herbeiführt, der gezahlt hat, sofern nicht das Gegentheil bedungen ist. — Die Solidarität, die man ja nicht mit der Untheilbarkeit vermengen darf, muß aus zwei verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet werden, je nachdem man sie in Bezug auf die Gläubiger oder auf die Schuldner prüft (Observat. prélim. zum Art. 1197).

I. Von den Sammtrechten der Gläubiger.

60. — Die Sammtberechtigung der Gläubiger, welche diese Gläubiger unter sich zu Gewalthabern und Gesellschaftern ad conservandam obligationem macht, kann nur aus einer ausdrücklichen Uebereinkunft hervorgehen.

Jeder der Sammtgläubiger hat den Auftrag, das Ganze der Forderung zu verlangen und alle die Handlungen vorzunehmen, welche auf Erhaltung dieser Forderung abzielen; so daß, wenn er

die Verjährung unterbricht, diese Unterbrechung allen seinen Mitgläubigern nützt. Dieses Auftragsverhältniß gibt auch dem Schuldner das Recht, sich frei zu machen, indem er nach seiner Wahl dem einen oder dem andern seiner Sammtgläubiger zahlt, vorausgesetzt jedoch, daß diese Zahlung jeder Betreibung vorangeht; denn so wie einer der Gläubiger den Schuldner belangt hat, kann dieser eine Verurtheilung durch den Vorwand nicht abwenden, daß er einem Anderen zahlen wolle, weil derjenige, welcher ihn belangt, das Recht hat, ihn im Namen Aller zu verklagen (Art. 1197 — 1199).

Dieses Auftragsverhältniß findet aber seine natürliche Begränzung in den Handlungen, welche die Erhaltung oder die Verwirklichung der Rechte Aller bezwecken. Außerhalb dieses Kreises würde der Gläubiger ohne Gewalt handeln, d. h. er würde nur für seinen Theil handeln. Wenn er also die Schuld erläßt, wenn er in eine Rechtswandlung willigt, dann ist es offenbar, daß seine Handlungen seinen Mitgläubigern nicht schaden können (Art. 1198).

Obgleich jeder Gläubiger das Recht hat, sich das Ganze der Forderung bezahlen zu lassen und so den Schuldner zu befreien, so haben doch die anderen Gläubiger offenbar das Recht, von ihrem Mitgläubiger die Theilung der Forderung, welche er sich hat bezahlen lassen, zu verlangen. Das ist die Grundregel in der Lehre von der Sammtberechtigung der Gläubiger; und wenn es vorkommt, daß der Vortheil des Guthabens einem Einzelnen zugeschieden werden muß, so geschieht dies nur ausnahmsweise und wenn dieser sein ausschließliches Recht auf die schuldige Summe beweist (Art. 1197).

II. Von der Sammtverbindlichkeit der Schuldner.

61. — Wenn ein und dieselbe Sache von mehreren Personen in der Art geschuldet wird, daß eine jede derselben zur Zahlung des Ganzen gezwungen werden kann, dann kann man natürlich sagen, es bestehe eine Sammtverbindlichkeit unter ihnen, weil jede in solidum haftet; man muß jedoch hier eine wichtige Unterscheidung machen.

Die Sammtverbindlichkeit der Schuldner kann eine vollkommene oder eine unvollkommene sein, je nach dem jeder von ihnen der Stellvertreter der anderen, deren Gewalthaber ad perpetuandam obligationem ist, oder diese gegenseitige Befugniß nicht besteht. Die vollkommene Sammtverbinblichkeit kann nur aus einer ausdrücklichen Uebereinkunft oder einer bestimmten Verfügung des Gesetzes

entspringen, so daß sie eine gesetzliche und vertragsmäßige ist (Artikel 1202).

Beispiele gesetzlicher Sammtverbindlichkeit sehen wir in den Art. 396, 1053, 1448, 1887 u. s. w. des bürgerlichen Gesetzes und 55 des Code pén. Der letzte Artikel muß auf die Fälle beschränkt werden, welche er vorsieht; er kann also nicht auf die Urheber von bürgerlichen Vergehen oder Versehen, nicht einmal auf bloße Polizeifrevel ausgedehnt werden. Die vertragsmäßige Sammtverbindlichkeit muß ausdrücklich bedungen werden; das Gesetz verlangt übrigens keine feierlichen Ausdrücke (ibid.).

62. — Wenn die Sammtverbindlichkeit nothwendig dieselbe Sache, wozu alle Schuldner verpflichtet sind, voraussetzt, so ist es doch nicht nothwendig, daß sie es alle auf die gleiche Art seien. Der Eine kann z. B. bloß vertagt oder bedingt haften, während der Andere unbedingter Schuldner ist (Art. 1201).

Diese Sammtverbindlichkeit erzeugt verschiedene Resultate, je nach dem man sie in den Beziehungen betrachtet, welche sie unter den Schuldnern schafft, oder in denen, welche sie zwischen dem Gläubiger und diesen Schuldnern aufstellt. Wir müssen sie nach einander unter jedem Gesichtspunkte prüfen.

63. — Wenn mehrere Schuldner sammtverbindlich sind, dann nimmt das Gesetz an, daß die Schuld auf allen nach gleichen Theilen ruhe, so daß in ihren Beziehungen zu einander jeder für seinen Theil Schuldner und einfacher Bürge seiner Mitschuldner für die Antheile dieser ist; ferner haften und stehen sie alle gegenseitig für die Zahlungsunfähigkeit ein, welche jeden von ihnen treffen kann. Wenn also einer allein die Sammtschuld ganz bezahlt hat, dann kann er von den anderen den Theil eines jeden fordern und auf alle Zahlungsfähigen verhältnißmäßig die Theile umlegen lassen, welche er von den Zahlungsunfähigen nicht hat erlangen können (Art. 1213—1214). — Diese gegenseitige Gewährleistung ist offenbar unabhängig von dem Willen des Gläubigers, und wenn ein Schuldner zahlungsunfähig wird, dann kann derjenige, welchem der Gläubiger die Sammtverbindlichkeit erlassen hat, sich nicht weigern, seinen Theil an der Zahlungsunfähigkeit zu tragen; denn wenn der Gläubiger auch auf seine Rechte verzichten kann, so kann er doch in Nichts die Rechte der Schuldner unter sich ändern (Art. 1215). — Es kann aber vorkommen, daß die Verbindlichkeit anstatt alle Schuldner zu umfassen, von ihnen nur im Interesse eines Einzigen eingegangen wurde, und dann ist es offenbar, daß dieser

von dem Schuldner, welcher die ganze Schuld bezahlt hat, auf das Ganze verklagt werden kann. Es ist dies der einzige Fall, wegen dessen der Rückgriff auf das Ganze zulässig ist; denn die Verpflichtung zu gegenseitiger Gewähr und die Nothwendigkeit, einem unnützen Zirkel von Klagen zu entgehen, machen diesen Rückgriff auf das Ganze sonst überall unmöglich (Art. 1214 und 1216).

64. — Bezüglich des Gläubigers sind diese Unterscheidungen unstatthaft; alle Schuldner haften gleichmäßig und jeder von ihnen kann nach der Wahl dieses Gläubigers zur Zahlung der ganzen Sache angehalten werden, ohne je die Wohlthat der Vorausklage oder der Theilung zu genießen. Der belangte Schuldner kann dem Gläubiger sogar die Klagen nicht entgegen halten, welche dieser gegen einen andern Schuldner etwa schon angestellt hat, weil trotz dieser Klagen die Verbindlichkeit mit allen ihren Wirkungen so lange fortbesteht, als die Zahlung nicht darauf erfolgt ist (Art. 1203 und 1204).

Gegenseitige Stellvertreter, so weit es sich um die Interessen des Gläubigers handelt, sind die Sammtschuldner gegenseitige Gewalthaber in Allem, was ad perpetuandam obligationem abzielt; für die Handlungen kann man sie aber nicht gegenseitig verantwortlich machen, welche ad augendam obligationem abzielen. Während z. B. die gegen Einen von ihnen angestellte Klage gegen Alle die Verjährung unterbrechen nnd sogar die Zinsen laufen machen kann, weil man hierbei in den Gränzen der ursprünglichen Verbindlichkeit bleibt, kann dagegen die Verzugsetzung des Einen nicht auch die Anderen mit der Wirkung in Verzug setzen, daß sie außer zu dem im Vertrage Vorgesehenen auch noch zu Entschädigungen verbunden werden (Art. 1206 und 1207).

Eine Folge der gleichen Regeln besteht darin, daß der Verlust der Sache, welcher durch Verschulden oder während des Verzugs des Einen von ihnen eintritt, die Anderen von der Verpflichtung, deren Werth zu zahlen, nicht entledigt, sie aber nicht zu weiteren Entschädigungen verbindet, während es sich bei demjenigen anders verhält, welcher im Verschulden oder im Verzuge ist (Art. 1205).

Uebrigens befreit der Verlust sie alle, der ohne Verschulden und ohne Verzug eines der Schuldner eintritt.

Wenn aber auch der Verlust der Sache alle Schuldner befreit und dagegen die Verbindlichkeit gegen alle bestehen bleibt, je nach dem ein Verschulden unterlief oder nicht, so gibt es doch andere Umstände, welche die Einen befreien können, ohne bezüglich der Anderen die

gleichen Wirkungen hervorzubringen. Man muß in dieser Beziehung die Erlöschungsgründe (welche das Gesetz Einreden nennt) in absolute oder allen Schuldnern gemeinschaftliche, und in persönliche oder solche, die Einem oder Einigen von ihnen allein zustehen, eintheilen. Der Schuldner, der vom Gläubiger belangt wird, kann ihm offenbar alle gemeinschaftlichen und die Vertheidigungsmittel entgegen setzen, welche ihm in Person zustehen, diejenigen aber kann er nicht geltend machen, welche anderen Mitschuldnern persönlich sind (Art. 1208).

65. — Unter der Bezeichnung absolute Einreden muß man diejenigen begreifen, von denen das Gesetz erklärt, daß sie aus der Natur der Verbindlichkeit entspringen, und diejenigen, welche es gemeinschaftliche für alle Schuldner nennt; denn die ersteren gehören offenbar zu den letzteren und bilden nur eine Klasse mit ihnen. Hat die Verbindlichkeit z. B. keine Ursache oder keinen Gegenstand, oder hat sie deren nur unerlaubte; hat eine wirkliche Zahlung oder eine solche durch Aequivalent (z. B. durch Abtretung an Zahlungsstatt, oder Rechtswandlung, oder Wettschlagung, welche der belangte Schuldner entgegengesetzt hat) stattgefunden; hat der Gläubiger die Schuld ganz erlassen, oder hat die Verjährung solche getroffen u. s. w.; in allen diesen Fällen kann die Einrede von jedem Schuldner entgegen gehalten werden, und sie ist somit allen gemeinschaftlich.

Wenn es aber auch nur einerlei absolute Einreden gibt, so ist dem nicht also bei den persönlichen Einreden. Diese sind zum Theile rein persönliche eines Mitschuldners, so daß kein Anderer sich darauf berufen kann; dahin gehören unserer Ansicht nach die Einreden, welche aus der Unfähigkeit des Einen von ihnen oder aus der Mangelhaftigkeit seiner Einwilligung entspringen; während es andere, ebenfalls einem der Schuldner persönliche gibt, die dieser allein für das Ganze entgegen halten kann, die aber persönliche sensu lato und von der Art sind, daß die anderen Schuldner sich auf solche für den Theil der Schuld berufen können, welcher ihren Mitschuldner trifft (Art. 1208).

Die Wettschlagung, sofern sie nicht von dem Mitschuldner geltend gemacht wurde, dessen Schuldner der Gläubiger seiner Seits ist, ist eine persönliche Einrede sensu lato bezüglich der anderen Mitschuldner (ibid.). — Die Rechtsvermischung hat die nämliche Wirkung, d. h. die anderen Schuldner können sie nur bis zu dem Belaufe des Antheils geltend machen, welchen ihr Mit-

schuldner an der Schuld hatte. Uebrigens ist es gleichgültig, aus welcher Ursache diese Rechtsvermischung herrührt; ebenso gleichgültig ist es, abgesehen von den Wirkungen, ob der Gläubiger den Schuldner im Ganzen oder nur theilweise beerbt und umgekehrt (Art. 1209). — Die Erlassung der Sammtverbindlichkeit durch den Gläubiger zu Gunsten eines Schuldners ist ebenfalls sensu lato eine persönliche Einrede. Wir sprechen hier nicht weiter von der Erlassung der Schuld, sei es nun der Schuld im Ganzen, oder zu dem Antheile des Mitschuldners an dieser Schuld, mit dem Einen wie dem Anderen haben wir uns weiter oben beschäftigt, und es handelt sich hier nur um die Erlassung der Sammtverbindlichkeit. Diese Erlassung kann nun ausdrücklich oder stillschweigend geschehen.

66. — Ausdrückliche Erlassung der Sammtverbindlichkeit. — Wenn der Gläubiger bezüglich eines Sammtschuldners die Theilung der Schuld verwilligt, dann kann er die anderen nur nach Abzug des Antheils desjenigen, den er seiner Sammtverbindlichkeit entlassen hat, belangen. Diese wirkliche außerordentliche Folgerung, welche das Gesetz aus der Erlassung der Sammtverbindlichkeit zieht, muß offenbar in dem Falle wegfallen, wo der Gläubiger ausdrücklich erklärt hat, solche auf die ausgedrückten Fälle zu beschränken und die Erlassung nur mit dem Vorbehalte des Klagerechts für das Ganze gegen die anderen Schuldner zu bewilligen (Art. 1219).

Stillschweigende Erlassung der Sammtverbindlichkeit. — Der Gläubiger, welcher den Antheil des einen Sammtschuldners gesondert annimmt oder ihn gesondert auf seinen Antheil belangt, ohne in der Quittung oder der Klage anzugeben, daß es für dessen Antheil geschehe, der behält seine Sammtrechte gegen alle Schuldner, selbst gegen denjenigen, der ihn zum Theil bezahlt, oder den er nur auf einen Theil belangt hat. Hat aber der Gläubiger entweder in der Quittung, welche er dem Schuldner ausgefolgt hat, der ihn nur für seinen Antheil bezahlte, oder in der gegen denselben angestellten Klage erklärt, daß es für dessen Antheil geschehe, dann sieht das Gesetz darin eine Erlassung der Sammtverbindlichkeit, und dieser Schuldner kann ferner nicht wegen der die Anderen betreffenden Antheile belangt werden; vorausgesetzt übrigens im Falle der Klage, daß er zufrieden gestellt hat, oder daß ein verurtheilendes Erkenntniß darauf erfolgt ist (Art. 1211).

Ferner sieht das Gesetz dann eine stillschweigende Erlassung der Sammtverbindlichkeit in der Zahlung des Antheils an Rückständen oder Zinsen der Schuld durch einen der Sammtschuldner, wenn die theilweise Zahlung während zehn auf einander folgender Jahre fortgesetzt worden ist und der Gläubiger keinen Vorbehalt gemacht hat. Sind sich diese getheilten Zahlungen nicht während zehn Jahren nach einander gefolgt, dann bleibt die Sammtverbindlichkeit des Schuldners, bezüglich des Hauptstocks und der künftigen Rückstände oder Zinsen, immer fortbestehen; der Gläubiger kann sie aber wegen der verfallenen, deren Zahlung zum Antheil des Schuldners angenommen worden war, nicht mehr geltend machen (Art. 1212).

V. Abschnitt.

Von den theilbaren und untheilbaren Verbindlichkeiten.

67. — Jede Verbindlichkeit, ihr Gegenstand mag sein welcher er will, kann zwischen Gläubiger und Schuldner nicht theilweise vollzogen werden: der Gläubiger kann alle Theilzahlungen zurückweisen. So lange also nur ein einziger Gläubiger und ein einziger Schuldner vorhanden ist, hat man keine Veranlassung, sich um die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit der Verbindlichkeit zu kümmern; anders ist es aber, so oft mehrere Gläubiger oder mehrere Schuldner vorhanden sind, was namentlich dann eintritt, wenn ein Gläubiger oder ein Schuldner mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt. Dann ist es von Einfluß, zu prüfen, ob die Verbindlichkeit untheilbar ist oder nicht.

Die Verbindlichkeit ist untheilbar und läßt folglich einen theilweisen Vollzug nicht zu, wie groß auch die Zahl der Gläubiger oder Schuldner sein mag, so oft ihr Gegenstand nicht getheilt werden kann; dies kann nur auf zwei verschiedenen Wegen eintreten: entweder läßt dieser Gegenstand keinerlei Art von Theilung, weder eine materielle noch eine ideelle zu; oder diese Theilung, obgleich sie wenigstens ideell möglich wäre, kann wegen der Rücksicht, in welcher die Vertragspersonen den nämlichen Gegenstand betrachtet haben, nicht stattfinden.

Es gibt also zwei Arten von Untheilbarkeit, deren eine die natura eintretende Untheilbarkeit genannt werden kann (weil hier der Gegenstand seiner eigenen Beschaffenheit nach untheilbar ist) und die andere die contractu eintretende (weil der an sich theilbare Gegenstand hier nur durch den Gesichtspunkt, aus welchem ihn die

Uebereinkunft betrachtet, untheilbar wird). Die Verbindlichkeiten, welche Dumoulin und Pothier [1]) solutione tantum untheilbare nannten, sind theilbare Verbindlichkeiten, welchen das Gesetz, wie wir sehen werden, einen Theil der Wirkungen der Untheilbarkeit beilegt (Observ. prél. zum Art. 1217).

I. Von der Untheilbarkeit der Verbindlichkeiten.

68. — Nach dem eben Gesagten ist eine Verbindlichkeit immer dann und nur dann untheilbar, wenn ihr Gegenstand keinerlei Theilung, weder eine materielle, noch eine ideelle zuläßt, oder wenn sie im Allgemeinen und an sich, sei es nun ideell oder im rechtlichen Sinne (wie ein Pferd, an dessen Eigenthume ich eine Hälfte oder jeden anderen Bruchtheil haben kann, so daß es allerdings eine juristische Theilung zuläßt), sei es materiell (wie ein Stück Land), zwar theilbar ist, aber im einzelnen Falle und von dem Gesichtspunkte aus, auf welchen sich die Betheiligten gestellt haben, nicht getheilt werden kann (Art. 1217—1218).

Die Untheilbarkeit mag übrigens eine natürliche oder eine rein vertragsmäßige sein, immer erzeugt sie die nämlichen Wirkungen.

So oft eine Verbindlichkeit untheilbar ist, haftet jeder der Schuldner für das Ganze, wie auch jeder der Gläubiger das Ganze fordern kann. Daraus darf man aber nicht folgern, daß hier eine Sammtverbindlichkeit oder ein Sammtrecht vorliege; denn wenn auch hierbei für jeden Theil das Recht activ wie passiv in totum vorhanden ist, wie bei der Solidarität, so besteht es doch nicht mit der gleichen Kraft und mit den gleichen Folgen (Art. 1122, 1123).

Wenn z. B. die Sache durch Verschulden oder die That aller Schuldner zu Grunde geht, dann sind alle zur Entschädigung verpflichtet, da aber jeder nur wegen der Natur der Sache und wegen der Untheilbarkeit des Gegenstandes in totum verpflichtet war und diese Untheilbarkeit alsdann aufhört (weil Entschädigungen vollkommen theilbar sind), so hört auch die Verbindlichkeit in totum auf und jeder Schuldner haftet nur noch für seinen Theil. Und

---

[1]) Dumoulin und Pothier, deren Ausdrucksweise wir hier als unserer Ansicht nach gar unlogisch verlassen zu müssen glaubten, gaben, ohne daß man wußte warum, der ersten Untheilbarkeit die beiden Benennungen der Untheilbarkeit natura oder contractu, dann der zweiten die der Untheilbarkeit obligatione.

wenn der Verlust nur durch die That eines Einzigen herbeigeführt worden ist, dann haftet nur der Urheber der That für die Entschädigung, weil hier die Mitschuldner nicht wie im Falle der Solidarität gegenseitige Stellvertreter sind. Anders ist es zwar im Falle eines Strafgedings nach den Grundsätzen, welche wir später kennen lernen; aber die Entschädigungen werden immer nur für eines jeden Schuldners Antheil geschuldet, während im gleichen Falle die Solidarität einen Jeden für das Ganze zum Schuldner machen würde (Art. 1225 und 1232).

69. — Es ist offenbar, daß einer der Gläubiger allein die Schuld vollwirksam nicht erlassen, noch allein statt dieser Sache deren Preis in Empfang nehmen kann. Wenn aber auch der Schuldner trotz dieser Erlassung oder Annahme an Zahlungsstatt den Gläubigern gegenüber in totum verpflichtet bleibt, so erhält er dadurch doch die Befugniß, von dem klagenden Gläubiger wenigstens den Abzug des Werths des Antheils desjenigen an der Sache, welcher den Nachlaß bewilligte oder den Werth empfing, zu verlangen (Art. 1224).

Der Schuldner, welcher von dem Gläubiger auf das Ganze der Schuld belangt worden ist, kann eine Frist erwirken, um alle anderen Schuldner der nämlichen Sache zum Streite beizuladen, sofern übrigens die Schuld nicht bloß durch ihn gedeckt werden kann; denn alsdann muß er allein verurtheilt werden, vorbehaltlich seines Rückgriffs auf die Uebrigen (Art. 1225).

II. Von der Theilbarkeit und den Ausnahmen derselben.

70. — Jede Verbindlichkeit, deren Gegenstand nicht in die zwei vorgenannten Klassen der Untheilbarkeit fällt, ist nothwendiger Weise theilbar; so daß jeder Erbe des ursprünglichen Schuldners daran nur für seinen Erbtheil haftet, wie jeder der Erben des Gläubigers daran ebenfalls nur seinen Antheil fordern kann (Art. 1220).

Diese Wirkung fällt weg, aber nur in Bezug auf die Erben des Schuldners allein, d. h. jeder von ihnen kann auf das Ganze, obgleich der Gegenstand der Verbindlichkeit theilbar ist, in folgenden drei Fällen belangt werden:

1. Wenn die Schuld ein bestimmtes Stück betrifft. Der Erbe, in dessen Loos der Gegenstand fällt, kann auf das Ganze belangt werden, ohne daß er sich auf die Regel der Theilung berufen kann; das ist ganz einfach, weil er allein die schuldige Sache inne hat.

— 2. Wenn Einer der Erben durch seinen Rechtstitel allein mit dem Vollzug der Verbindlichkeit belastet ist. — 3. Endlich so oft es, sei es durch ausdrückliche Bestimmung des Rechtsgeschäfts oder durch die Umstände, dargethan ist, daß die Absicht der Betheiligten zwar nicht darauf ging, die Verbindlichkeit untheilbar zu machen (worin eine Untheilbarkeit contractu läge, und auf die Erben des Gläubigers, wie die des Schuldners wirken würde), sondern nur darauf, den Erben des Schuldners die Befugniß zu nehmen, sich für ihre Antheile frei zu machen.

In diesen drei Fällen hat der Erbe, welcher die ganze Schuld allein bezahlt hat, seinen Rückgriff auf seine Miterben (Art. 1221).

Diese drei Ausnahmen sind übrigens die einzigen troẞ der fehlerhaften Fassung des Gesetzes. So verleiht das Unterpfandsrecht der Schuld, welche es sicher stellt, keinerlei Eigenschaft der Untheilbarkeit, selbst nicht bezüglich der Erben des Schuldners, welche immer nur persönlich für ihren Erbtheil verbindlich sind. — Die gleiche Bemerkung muß im Falle einer alternativen Schuld von Sachen gemacht werden, wobei der Gläubiger die Wahl hat und von denen eine untheilbar ist: welche Sache der Gläubiger auch wählen mag, niemals kann man darin eine Ausnahme von dem Grundsatze der Theilzahlungen bei theilbaren Schulden finden; denn wenn sich die Verbindlichkeit auf die theilbare Sache beschränkt, so fällt diese Verbindlichkeit natürlicher Weise unter die Grundregel; wenn es dagegen die untheilbare Sache betrifft, so hat man doch keine Ausnahme, weil die Schuld eine untheilbare ist (Art. 1221).

Bezüglich der Schuldforderungen haben wir noch beizufügen, daß die Theilung in die Erbantheile, welche beim Ableben des Schuldners kraft Gesetzes vor sich geht, nur eine fürsorgliche ist, und daß sie gegen die Theilung zurücktritt, welche sich später aus der vertragsmäßigen Theilung mit verschiedenem Resultate ergibt (Art. 1220 in fine).

VI. Abschnitt.

Von den Haupt- und Nebenverbindlichkeiten und insbesondere von dem Strafgedinge.

71. — Wenn eine Verbindlichkeit die Grundlage der Existenz einer anderen ist, dann nennt man jene die Haupt- und diese die Nebenverbindlichkeit. Die Nebenverbindlichkeit kann zugleich mit der Hauptverbindlichkeit entstehen, wie bei der Verbürgung

und der Verpfändung, oder nachher, wie im Falle der Entschädigung wegen Nichtvollzugs einer Verbindlichkeit, mag diese Entschädigung schon zum Voraus mittelst der Stipulation, welche man das Strafgeding nennt, festgesetzt worden sein, oder mögen die Betheiligten über diesen Gegenstand Nichts gesagt haben.

I. Von dem Strafgedinge.

72. — Um den Vollzug einer Verbindlichkeit sicherer zu stellen, oder um Verzögerungen in deren Vollzuge vorzubauen, können die Parteien über eine Leistung sich einigen, die als Entschädigung dient: die zu diesem Zwecke geschlossene Uebereinkunft heißt das Strafgeding (Art. 1226, 1229).

Die durch das Strafgeding erzeugte Verbindlichkeit besteht als eine wesentlich accessorische nur in sofern, als die Hauptverbindlichkeit, deren Vollzug sie sichern soll, keine nichtige ist; dagegen kann die Hauptverbindlichkeit nicht von der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Strafgedinges abhängen (Art. 1227). — Bestimmt den Vollzug der Hauptverbindlichkeit zu sichern und für den Gläubiger als Entschädigung zu dienen, kann das Strafgeding nicht neben der Hauptsache verlangt werden, so fern nicht das Gegentheil ausdrücklich oder stillschweigend beliebt, oder die Strafe nicht für den bloßen Verzug bedungen worden ist. Aus dem gleichen Grundsatze folgt, daß der Gläubiger statt auf das Strafgeding zu klagen, den Vollzug der Hauptverbindlichkeit betreiben kann (Art. 1228 und 1229). — Da aber auf der anderen Seite die Entschädigung erst dann geschuldet wird, wenn der Schuldner im Verzug und im Verschulden ist und der Verzug (mag der Verbindlichkeit eine Zahlungszeit gesetzt sein oder nicht) nicht eher vorhanden ist, als bis der Schuldner in Verzug gesetzt worden ist, so kann das Strafgeding erst nach dieser Verzugsetzung verfolgt werden (Art. 1230).

73. — Der Nichtvollzug aus Verschulden eines Erben des Schuldners verpflichtet diesen Erben, wenn die Hauptverbindlichkeit natura, contractu oder solutione tantum untheilbar war, zur ganzen Strafe, und jeden seiner Miterben für seinen Theil und Erbantheil (und unterpfändlich für das Ganze), vorbehaltlich ihres Rückgriffs auf den, welcher die Strafe zugezogen hat. Das Gesetz sieht in der Entschädigung, welche ausdrücklich mittelst eines Strafgedings stipulirt worden ist, eine besondere, unter der Bedingung des Nichtvollzugs der Hauptverbindlichkeit eingegangene Verbindlichkeit. —

Dagegen wird die Strafe nur von dem Zuwiderhandelnden verwirkt, und nur für seinen Theil, wenn es sich um eine theilbare Verbindlichkeit handelt (Art. 1232, 1233).

Aus dem Grundsatze, daß jeder Vertrag gleich einem Gesetze unter Denjenigen gilt, welche ihn abgeschlossen haben, folgt, daß der Gläubiger niemals eine höhere Entschädigung verlangen kann, als die bedungene Strafe, welchen Schaden er auch erlitten haben mag, und daß man ihm auf der anderen Seite diese bedungene Strafe nicht verweigern kann, selbst wenn man sich zum Beweise erbietet, daß er keinerlei Verlust erlitten hat. Wenn aber die Hauptverbindlichkeit theilweise vollzogen worden ist, dann kann der Richter, gestützt auf die muthmaßliche Absicht der Parteien, je nach den Umständen die bedungene Strafe ermäßigen (Art. 1231).

Drittes Kapitel.

Von der Wirkung der Verbindlichkeiten.

74. — Die Wirkung der Verbindlichkeiten besteht darin, daß sie dem Gläubiger gestatten, die gesetzlichen Zwangsmaßregeln anzuwenden: — 1. um seinen Schuldner zu zwingen, seiner Verpflichtung nachzukommen, d. h. ihm das zu verschaffen, wozu er gehalten ist; oder — 2. bei der Weigerung desselben, sich es, wenn möglich, trotz dieses Schuldners und auf dessen Kosten verschaffen zu lassen; oder endlich — 3. um Entschädigung zu erlangen, entweder wegen unterlassenen Vollzugs, oder sogar neben diesem Vollzuge (weil solcher unvollständig oder verspätet ist).

I. Abschnitt.

Von dem freiwilligen und dem gezwungenen Vollzug.

75. — Es liegt in der Natur der Sache, daß der Gläubiger gegen seinen Schuldner gerichtlich auf den Vollzug dessen dringen kann, wozu dieser gehalten ist, nämlich auf die Erlangung des beliebigen Vortheils, der den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht.

Wenn der Schuldner nicht vollzieht, dann gestattet unser Gesetzbuch, zum Unterschiede vom römischen Recht (welches dem Gläubiger immer nur eine Verurtheilung in eine Entschädigungssumme in Geld gewährte), dem Gläubiger einen Zwangsvollzug, zwar nicht in allen Fällen ohne Unterschied, aber immer dann, wenn man dazu gelangen kann, ohne Gewaltthätigkeit gegen den Schuldner, d. h. so oft als die Verbindlichkeit nicht von der Art

ist, daß sie nur durch den Schuldner in Person vollzogen werden kann. Das ist übrigens klar, daß, wenn der Gläubiger bei der Weigerung des Schuldners den Zwangsvollzug erwirken kann, es ihm immer freisteht, darauf zu verzichten, um sich mit der Entschädigung zu begnügen (Art. 1143).

Wir haben über den freiwilligen, wie über den gezwungenen Vollzug der Verbindlichkeit nichts Besonderes zu sagen: er besteht eben immer in der Uebertragung des beliebigen Vortheils, welcher den Gegenstand der Verpflichtung ausmacht, auf den Gläubiger; nicht ebenso verhält es sich mit den Entschädigungen, deren Regeln eine gewisse Entwickelung erfordern.

II. Abschnitt.

Von den Entschädigungen.

76. — Unter Entschädigung versteht man die Vergütung für die Verluste, welche der Schuldner dem Gläubiger zugezogen, und die Vortheile, die er ihn zu machen gehindert hat. Diese zwei Begriffe lassen sich auf einen einzigen zurückführen, indem der zweite im ersten enthalten ist, denn in der gewöhnlichen Sprache sagt man auch, einen Verlust zu erleiden, wenn man den Gewinn nicht macht, welchen man hätte machen sollen. Entschädigung ist also mit einem Worte der Ersatz der dem Gläubiger verursachten Verluste.

Der Schuldner haftet also nur dann für Entschädigung, wenn er dem Gläubiger einen Nachtheil verursacht hat. Dieser Nachtheil kann entweder aus einem gänzlichen Mangel des Vollzugs, oder aus der Unzulänglichkeit und der Mangelhaftigkeit des Vollzugs, oder der bloßen Verzögerung des sonst regelrechten Vollzugs entspringen (Art. 1147, 1148). Die Verspätung im Vollzuge, oder wie das Gesetz sagt, der Verzug des Schuldners (mora), der zuweilen für sich allein die Entschädigungspflicht zur Entstehung bringt, ist in allen Fällen eine nothwendige Voraussetzung derselben; denn so lange der Schuldner noch in einem Zeitpunkte steht, der geeignet ist, seiner Verpflichtung nachzukommen, oder den unvollständigen Vollzug, den er etwa gemacht hat, zu ergänzen, kann der Gläubiger sich nicht beklagen. Aber es genügt nicht an dem bloßen Vollzug, es wird dazu auch noch ein Verschulden des Verpflichteten erfordert, und das Resultat, wegen dessen der Gläubiger sich beschwert, darf nicht von höherer Gewalt, einer Ursache herrühren, welche

dem Verpflichteten in keiner Weise zugerechnet werden kann: zu dem Unmöglichen ist Niemand verpflichtet.

Wir wollen uns nun nach einander mit den zwei Ursachen beschäftigen, deren Vereintsein die Pflicht zur Entschädigung begründet: — 1. mit der Verzugsetzung des Schuldners, und — 2. mit dessen Verschulden; dann werden wir von dem Umfang und der Ermittelung der Entschädigung sprechen.

I. Von der Verzugsetzung des Schuldners.

77. — Streng genommen muß jeder Schuldner von dem Augenblick an im Verzuge erachtet werden, wo er gegen seine Verpflichtung handelt. Wenn dieser Schuldner das thut, was er nicht thun sollte, und ebenso wenn er zur vertragsmäßigen Zeit das nicht thut oder gibt, was er thun oder geben mußte, so ist es klar, daß er wirklich und thatsächlich im Verzug zu vollziehen, in mora, ist. Aber diese Wirksamkeit, welche die römische Gesetzgebung den Thatsachen beilegt, gilt in unserem Gesetzbuche nicht; und die Verzugsetzung geht gesetzlich bei uns nur nach Regeln vor sich, welche nach der Beschaffenheit und den Umständen der Verbindlichkeit verschieden sind.

1. Besteht die Verbindlichkeit in einem Unterlassen, dann ist der Schuldner sofort im Verzuge, wie er die That vollzieht, welche ihm untersagt war (Art. 1145). — 2. Wenn die Verbindlichkeit in einem Thun oder Geben besteht und von der Beschaffenheit ist, daß sie nur in einer bestimmten Zeit vollzogen werden kann, dann ist der Schuldner im Verzug, sowie er diese Frist hat verstreichen lassen, ohne seiner Verpflichtung nachzukommen (Art. 1146). Wenn es jedoch bei der Verbindlichkeit zu geben dem Gläubiger oblag, die Sache abzuholen, dann liegt eine Verzugsetzung erst dann vor, wenn nachgewiesen ist, daß der Gläubiger sich gestellt und diese Sache angesprochen hat, und daß sie ihm nicht übergeben worden ist. — 3. Die Verzugsetzung tritt auch noch durch den bloßen Ablauf der Zahlungsfrist bei jeder Verbindlichkeit zu geben oder zu thun dann ein, wenn eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Beziehung getroffen worden ist, oder eine besondere Gesetzesbestimmung so verordnet hat (Art. 1139). Jedoch muß man hier eine Beschränkung beifügen, welche derjenigen analog ist, die wir soeben in dem Falle gemacht haben, wo es sich um Uebergabe einer Sache handelt, welche der Gläubiger selbst abholen muß. — 4. In allen anderen Fällen der Verbindlichkeit zu geben oder zu thun, wird

der Schuldner erst durch die Aufforderung Seitens des Gläubigers in Verzug gesetzt, welche durch einen gerichtlichen Befehl oder eine gleichgeltende Handlung bewerkstelligt wird; auch hierbei muß man von dieser Aufforderung an die Frist abwarten, welche vernünftiger Weise zum Vollzug nothwendig ist (Art. 1139). — 5. Bei den Verbindlichkeiten, die in Geldsummen bestehen endlich, hat man noch größeren Spielraum, und die Verzugsetzung (vorbehaltlich einiger Ausnahmsfälle, wo besondere Gesetzesbestimmungen sie mit bloßem Ablauf der Zahlungsfrist eintreten lassen) entsteht erst mit der gerichtlichen Klage, oder wenigstens einer Ladung zum Vergleichungsversuch, auf welche diese Klage innerhalb Monatsfrist vom Mißlingen des Vergleichs oder vom Ausbleiben des Schuldners gefolgt ist (Art. 1153).

II. Von dem Verschulden des Schuldners.

78. — Der Schuldner ist so oft im Verschulden, als er zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit nicht Alles gethan hat, was er thun mußte. Wo sind aber die Gränzen seiner Pflicht? welche Sorgfalt muß er sowohl auf die Vornahme der Handlung, als auf Erhaltung oder Ueberlieferung der Sache, welche den Gegenstand seiner Verbindlichkeit ausmacht, verwenden?

Unser älteres Recht unterschied, in der Meinung, hierin dem römischen Rechte nachzufolgen, drei Klassen von Sorgfalt, wovon der Schuldner je nach den Fällen bald zur einen, bald zur andern verpflichtet war, und deren Mangel also drei Grade von Verschulden bildete. — Es gab ein grobes Verschulden, wenn der Verpflichtete auf die Angelegenheit nicht seine gewohnte und übliche Aufmerksamkeit gewendet hatte; ein leichtes Verschulden, wenn er die Sorgfalt nicht aufgewendet hatte, welche ein sorgsamer Hausvater, aber von einer gewöhnlichen Sorgsamkeit, aufwendet; ein sehr leichtes Verschulden endlich, wenn seine Behutsamkeit und seine Vorsicht derjenigen eines bis zu den äußerst möglichen Gränzen sorgsamen Hausvaters nicht gleichgekommen ist. Das erste Verschulden ergibt sich aus einer Vergleichung mit dem Verhalten des Schuldners selbst, und darum nannte man es Verschulden in concreto; die beiden anderen dagegen werden durch eine Vergleichung mit einem abstracten Muster ermessen und wurden Verschulden in abstracto genannt. — Der Schuldner haftete nur für die Sorgfalt der ersten Klasse, wenn das Geschäft nur den Gläubiger interessirte; er haftete für die

der zweiten Klasse, wenn der Vertrag beide Theile interessirte; er war endlich zur höchsten Sorgfalt verbunden, wenn dieser Vertrag sein alleiniges Interesse zum Zwecke hatte und also von Seiten des Gläubigers eine reine Gefälligkeitshandlung bildete (Art. 1137).

79. — Diese Theorie, die mehr sinnreich als praktisch ist und deren Regel großen Theils unter den zahlreichen Ausnahmen und Abänderungen, welche man ihr beifügte, verschwand, ist vom Gesetzbuch verworfen. Abgesehen von einer einzigen Ausnahme (im Fall der Hinterlegung), hält sich das Gesetz heut zu Tag immer an das zweite der drei aufgeführten Verschulden, und man muß immer durch Vergleichung mit der Sorgfalt eines Hausvaters von gewöhnlicher Sorgsamkeit das Verhalten des Verpflichteten bemessen. Da übrigens das Abwägen nothwendiger Weise einen gewissen Spielraum läßt, so überläßt es das Gesetz dem Richter, die Regel mit mehr oder weniger Strenge anzuwenden, je nachdem es die Umstände erfordern (Art. 1137).

Der Schuldner, dem man entweder die Nichterfüllung oder eine regelwidrige oder verspätete Erfüllung vorwirft, haftet doch nicht für Entschädigung, wenn er darthut, daß die Lage die Folge einer höheren Gewalt ist, und ihm deßhalb nicht zugerechnet werden kann. Ja sogar, wenn die Verbindlichkeit, deren Erfüllung ein Zufall hindert oder sie weniger vortheilhaft macht, darin bestand, ein gewisses Stück, eine bestimmte Sache in ipso individuo zu geben, dann haftet der Schuldner nicht für Entschädigung und wird frei, aber der Gläubiger hat ihm immer den vollen Preis der verschlimmerten oder zu Grunde gegangenen Sache zu zahlen (Art. 1138, zweiter Theil).

Diese doppelte Regel fällt weg und Entschädigung wird fortwährend, selbst im Falle höherer Gewalt, geschuldet: — 1. wenn der Gläubiger beweist, daß das Eintreten der höheren Gewalt durch ein Verschulden oder nur durch eine That des Schuldners herbeigeführt wurde, ohne die der regelrechte Vollzug möglich geblieben wäre; — 2. wenn der Schuldner ausdrücklich die Zufälle übernommen hat; und — 3. wenn der Zufall erst nach der Verzugsetzung eingetreten ist; sofern im letzteren Falle der Schuldner nicht beweist, daß der Zufall, um welchen es sich handelt, ebenfalls eingetreten wäre und die gleiche Wirkung hervorgebracht hätte, wenn auch der Vollzug vorhergegangen wäre (Art. 1302).

III. Von dem Umfang und der Berechnung der Entschädigungen.

80. — Obgleich Entschädigung im Allgemeinen das Gutmachen des dem Gläubiger verursachten Verlustes ist (unter der Bezeichnung Verlust, nicht allein den Verlust im eigentlichen Sinne, damnum emergens, sondern auch die Entziehung des Vortheils, lucrum cessans verstanden), was, wie man meinen sollte, eine sehr einfache Regel ist und eine gleichmäßige Anwendung finden sollte, so besteht die Gleichförmigkeit, zu der man sich hier versehen sollte, doch nicht: die Entschädigung ist, je nach den Fällen, bei den Verbindlichkeiten, welche nicht eine Summe Geldes zum Gegenstande haben, mehr oder weniger ausgedehnt, und man berechnet sie nicht auf gleiche Weise bei Verbindlichkeiten in Geldsummen und bei anderen (Art. 1149).

1) Von den Verbindlichkeiten, die nicht in Geldsummen bestehen.

81. — Bei den Verbindlichkeiten, deren Gegenstand nicht in einer Summe Geldes besteht, berechnen sich die Entschädigungen ganz natürlich nach dem erlittenen Schaden, wenn die Betheiligten sie nicht zum Voraus festgesetzt haben; sie sind aber von größerem oder geringerem Umfange, je nach dem Gefährde des Schuldners mit unterlief oder nicht.

Zunächst haftet der Schuldner nie für den Verlust, welcher nur mittelbare Folge des Nichtvollzugs ist, und wovon dieser unterlassene Vollzug nicht die einzige Ursache ist. Für denjenigen aber, welcher hiervon die unmittelbare und nothwendige Folge ist, haftet er, jedoch innerhalb mehr oder weniger ausgedehnten Gränzen, nach der eben gemachten Unterscheidung. — Wenn der Schuldner ohne irgend ein Gefährde seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist, und man ihm nur seine That oder sein Verschulden vorzuwerfen hat, dann haftet er nur für die Verluste, welche man vernünftiger Weise zur Zeit des Vertrags schon vorher sehen mußte. Hier sieht man die Entschädigungsschuld als eine solche an, die aus einer stillschweigenden Uebereinkunft über diesen Punkt entspringt; es ist aber offenbar, daß bei dieser präsumirten Uebereinkunft die Absicht der Parteien sich nur auf den Schaden beziehen konnte, welchen sie nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge vorhersehen konnten. — Läßt sich der Schuldner dagegen eine Gefährde zu Schulden kommen, dann haftet er für allen von ihm verursachten Verlust, selbst wenn er ihn beim Vertragsabschlusse nicht hat vorhersehen können, da es ganz unmöglich ist, sich Verträge zu denken, die abgeschlossen sind, um die Vergütung eines wissentlich und in bösem

Glauben verursachten Schadens zu beschränken. Wenn wir sagen: alle Verluste, so meinen wir damit nur diejenigen, welche direct aus dem unterlassenen Vollzuge entspringen, weil für andere nie gehaftet wird (Art. 1150, 1151).

Wenn die Betheiligten dafür Sorge trugen, daß sie von vornherein für den Fall, daß der Schuldner nicht erfüllen sollte, stipulirten, die Entschädigung solle in einer bestimmten Summe bestehen, dann wird diese Summe immer geschuldet und kann weder erhöht noch gemindert werden, so groß oder klein der erlittene Schaden sein mag. Diese Uebereinkunft, welche man das Strafgeding nennt, bildet, wie wir oben schon gesehen haben, einen Vertrag in Bausch und Bogen, welcher, wie jede andere gesetzlich geschlossene Uebereinkunft, vollzogen werden muß. Es ist übrigens einleuchtend, daß man bei diesem Strafgedinge oder dieser Vorausberechnung der Entschädigung jede andere Leistung als die einer Summe Geldes zum Gegenstande nehmen kann (Art. 1152).

2) Von den Verbindlichkeiten, welche in Geldsummen bestehen.

82. — Die erste Bemerkung, welche wir hier zu machen haben, besteht darin, daß bei Verbindlichkeiten von Geldsummen nach der Natur der Sache die Entschädigung nicht darauf abzwecken kann, den durch den Nichtvollzug oder durch den unvollständigen Vollzug verursachten Nachtheil, sondern nur darauf, den auszugleichen, welcher aus dem verzögerten Vollzuge entspringt. Es ist klar, daß der Schuldner, der die Summe, welche den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmacht, eben als Gegenstand der Verbindlichkeit nicht bezahlen kann, sie eben so wenig als Entschädigung zahlen kann. Die Entschädigung besteht hier also nur in einer neuen Summe, die der Hauptsumme hinzutritt, um den durch die verzögerte Zahlung dieser verursachten Schaden zu ersetzen (Art. 1153).

Bei den Geldverbindlichkeiten ist der Umfang der Entschädigungen nicht wie bei den anderen dem Wechsel unterworfen; er bleibt immer gleich, mag Gefährde des Schuldners unterlaufen sein oder nicht. Sogar ihre Berechnung geschieht nach einer gleichförmigen und von der Wichtigkeit der Verluste, welche der Gläubiger erlitten haben mag, unabhängigen Grundlage.

Da sich der Gebrauch und die Bestimmung einer Geldsumme unendlich verschieden darstellen, und diese unendliche Verschiedenheit folgeweise in dem Nachtheile wieder auftauchen muß, welcher aus dem Nichterhalten dieser Summe zur bestimmten Zeit entspringen

kann, so hat es der Gesetzgeber für zweckmäßig gefunden, hier von der Prüfung der Thatumstände abzusehen, um sich an eine allgemeine Regel zu halten: der verursachte Schaden wird in diesem Falle gesetzlich durch den Zins der schuldigen Summe nach dem gesetzlichen Fuße vergütet, d. h. 5 Procent in bürgerlichen und 6 Procent in Handelssachen. So klein oder so groß im einzelnen Falle der erlittene Schaden sein mag, der Gläubiger hat immer ein Recht auf den gesetzlichen Zins von der Verzugsetzung an, und nur darauf hat er ein Recht. Von dieser letzteren Bestimmung gilt jedoch eine Ausnahme bei der Bürgschaft, der Gesellschaft und beim Wechsel, wo der Gläubiger noch eine gewisse Vergütung über den Geldzins hinaus erwirken kann. Die Regel würde übrigens selbst durch das Strafgeding, wodurch sich der Schuldner etwa ausdrücklich verpflichtet hätte, mehr als den gewöhnlichen Geldzins zu zahlen, keine Aenderung erleiden; denn in dieser Stipulation läge eine Verletzung des speciellen Gesetzes, welches die vertragsmäßigen Zinsen genau auf den Fuß der gesetzlichen beschränkt (Art. 1153).

Die so als Entschädigung, und wegen der Verzögerung der Zahlung (mora) geschuldet werdenden Zinsen heißen deßwegen Verzugszinsen, während man denen, welche bloß für den Genuß des Kapitals geschuldet werden, den Namen Vergütungszinsen gibt.

83. — Wir haben hier noch von einer Regel zu sprechen, welche eigentlich nicht mehr zur Lehre von den Entschädigungen gehört, welche wir aber darum hier aufführen, weil sie im Gesetzbuche bei Gelegenheit der Verzugszinsen aufgestellt wird. Es handelt sich um die Frage, ob und wie die Zinsen eines Kapitals ihrer Seits zinstragend werden können.

Der Zinseszins, so weit es sich darum handelt, ihn zum Voraus und von künftig verfallenden Zinsen zu bedingen, ist absolut verboten und war es zu allen Zeiten der römischen Gesetzgebung und unserer französischen Jurisprudenz, als eine Ursache unausbleiblichen Verderbens für den Schuldner. Der Zins aus wirklich verfallenen Zinsen, der sicherlich weniger Gefahr bietet, wurde doch der freien Verfügungsgewalt nicht überlassen: zuerst vom ältesten römischen Rechte erlaubt, wurde er nach einander, sowohl durch die Gesetzgebung, als durch unseren früheren Gerichtsgebrauch, und sogar durch unser Zwischenrecht verboten; das Gesetzbuch gestattet ihn endlich, nach einem Verbot von drei-

zehn Jahrhunderten, aber nur von Zinsen, die für einen einjährigen Genuß des Kapitals geschuldet werden. Dieser Zins kann übrigens erst von dem Augenblick an laufen, wo man ihn zum Gegenstande einer gerichtlichen Klage oder einer ausdrücklichen Uebereinkunft gemacht hat (Art. 1154).

Da übrigens diese beschränkende Regel des gemeinen Rechts nur für Kapitalzinsen gegeben ist, so kann sie also weder auf den Rückersatz von Früchten, noch auf den Bestandzins von Feldern oder Häusern, noch auf Rentenrückstände Anwendung finden. Offenbar kann sie nicht einmal auf Kapitalzinsen angewendet werden, welche ein Dritter auf Rechnung des Schuldners bezahlt hat; denn wenn diese Zinsen auch zwischen Schuldner und Gläubiger nur Zinsen sind, so ist es doch klar, daß sie, in den Verhältnissen des Dritten zum Schuldner, ein Kapital werden (Art. 1155).

Viertes Kapitel.

Von den Erlöschungsgründen der Verbindlichkeiten.

84. — Wir haben uns hier nicht mit den besonderen Ursachen zu befassen, welche die Erlöschung einer Verbindlichkeit in dem und dem besonderen Falle herbeiführen können: jede derselben wird in der Lehre erläutert, zu welcher sie gehört; und wir haben hier in den allgemeinen Grundsätzen der Verbindlichkeiten nur die allgemeinen Erlöschungsgründe aufzustellen.

Diese allgemeinen Gründe sind zehn an der Zahl, nämlich:

1. Die Zahlung oder der directe Vollzug der Verbindlichkeit; — 2. die Novation oder die Ersetzung einer Verbindlichkeit durch eine andere; — 3. die Erlassung der Schuld; — 4. die Wettschlagung oder die Neutralisirung zweier Verbindlichkeiten, welche sich gegenseitig aufheben, weil der Gläubiger der einen, Schuldner der andern ist, und umgekehrt; — 5. die Confusion oder die Vereinigung der beiden Eigenschaften eines Gläubigers und Schuldners der nämlichen Verbindlichkeit, in der nämlichen Person; — 6. der Eintritt eines Ereignisses, welches den Vollzug unmöglich macht; — 7. die gerichtlich ausgesprochene Umstoßung der Verbindlichkeit; — 8. die Wirkung einer auflösenden Bedingung, wenn sie vor Erfüllung der Verbindlichkeit eintritt; — 9. die vom Schuldner vorgeschützte Verjährung; — 10. endlich der Ablauf der Frist, für welche die Verbindlichkeit auferlegt war (Art. 1234).

Die Wirkung einer auflösenden Bedingung wurde weiter oben erläutert (Nro. 49); die Verjährung wird weiter unten den Gegen-

stand eines besonderen Titels bilden; und die Erlöschung durch Eintritt des Zeitpunkts, mit welchem die Verbindlichkeit aufhören sollte, erfordert keine Entwickelung. Wir haben also sieben Erlöschungsgründe abzuhandeln: ein jeder derselben wird den Gegenstand eines besonderen Abschnitts bilden.

I. Abschnitt.

Von der Zahlung.

85. — Die Zahlung ist nichts Anderes als der Vollzug der Verbindlichkeit, die Erfüllung dessen, wozu der Schuldner gehalten war.

Indem die Zahlung die Verbindlichkeit tilgt, tilgt sie auch ganz natürlich die Anhängsel dieser Verbindlichkeit; dem kann aber auch anders sein und es kann kommen, daß die accessorischen Garantieen, welche eine Forderung sicherten, nach der Zahlung und Erlöschung dieser Forderung zu Gunsten einer neuen Forderung, auf welche das Gesetz sie überträgt, fortbestehen bleiben. Dies kommt vor, wenn die Zahlung anstatt durch den Schuldner, durch einen Dritten geschieht, welcher dadurch *in die Rechte des Gläubigers subrogirt wird*. Dieser Fall steht nothwendiger Weise unter besonderen Regeln. — Wenn ferner der nämliche Schuldner an den nämlichen Gläubiger mehrere Schulden hat, deren Gegenstände von der nämlichen Beschaffenheit sind und er macht darauf eine Zahlung, die nicht hinreicht, um sie alle zu decken und sich sowohl auf diese als auf jene beziehen kann, dann muß bestimmt werden, ob es dem Schuldner oder dem Gläubiger zusteht, die geleistete Zahlung lieber auf die als auf eine andere Schuld *aufzurechnen*, und wie diese Aufrechnung bei dem Stillschweigen der Betheiligten zu geschehen hat. — Endlich kann es vorkommen, daß ein Gläubiger ohne vernünftigen Grund die Zahlung, welche er zu bekommen hat, zurückweist; und da es nicht von der Laune dieses Gläubigers abhängen kann, die Verbindlichkeit seines Schuldners zu einer ewigen zu machen, so gibt das Gesetz diesem ein Mittel, sich auch gegen den Willen des Gläubigers frei zu machen.

Wir haben uns also in folgender Reihe zu beschäftigen: — 1. mit der Zahlung im Allgemeinen; — 2. mit der Zahlung mit Eintritt in die Rechte des Gläubigers (Subrogation); — 3. mit der Aufrechnung der Zahlung; — 4. mit der erzwungenen Zahlung, im Falle der Weigerung des Gläubigers.

I. Allgemeine Regeln über die Zahlung.

86. — Die Zahlung einer Schuld kann nicht allein vom Schuldner, sondern auch von jedem Anderen, sogar von dem geschehen, der gar kein Interesse an deren Tilgung hat. In allen Fällen, und wer auch die Zahlung geleistet haben mag, muß die Schuld nothwendig erlöschen und der Schuldner von dieser Schuld frei werden mit dem Vorbehalte, sich zu einer neuen Schuld dem gegenüber, welcher für ihn bezahlt und dadurch sein Geschäft geführt hat, verpflichtet zu sehen. Uebrigens ist zur Erlöschung der Verbindlichkeit und Befreiung des Verbindlichen erforderlich, daß der Dritte die Forderung bezahlt und nicht gekauft hat; denn es ist klar, daß im letzteren Falle immer die nämliche Schuld fortbestehen bleibt (Art. 1236).

Die Regel, daß der Vollzug durch einen Andern als den Schuldner geschehen kann, ist übrigens nur in so fern anwendbar, als der Gläubiger kein Interesse daran hat, daß er durch den Schuldner selbst geschieht (Art. 1237).

87. — Wenn es sich um eine Zahlung handelt, wodurch das Eigenthum an dem gezahlten Gegenstand übertragen werden soll (was bei Verbindlichkeiten von unbestimmten Sachen und auch bei bestimmten Stücken, deren Eigenthum bis zur Uebergabe dem Schuldner zu überlassen man ausdrücklich übereingekommen war, der Fall ist), dann kann die Zahlung gültiger Weise nur von demjenigen geschehen, welcher Eigenthümer des Gegenstands und zugleich fähig ist, denselben zu veräußern.

War der Zahler nicht Eigenthümer der Sache, dann kann der Gläubiger das Eigenthum derselben nur durch die Verjährung erwerben (übrigens tritt diese Verjährung bei Fahrnissen, die weder gefunden noch gestohlen sind, unmittelbar ein), und bis zu deren Vollendung kann er durch den Eigenthümer der Sache entwährt werden. Anders ist es jedoch, wenn der Gläubiger die Sache in gutem Glauben verbraucht hat; in diesem Falle, der nur bei Fahrnissen eintreten kann, wird der Gläubiger durch den gutgläubigen Verbrauch außer dem Spiele gesetzt, und wenn es sich auch um gefundene oder gestohlene Fahrnisse handelt, so kann er doch nicht ferner durch den Eigenthümer beunruhigt werden. Ist der Verbrauch unredlicher Weise geschehen, dann kann der Eigenthümer auf Entschädigung klagen. — So wie die Verjährung vollendet ist, kann der Gläubiger den Gegenstand behalten; verpflichtet ist er aber nicht dazu, und kann den Schuldner anhalten,

ihm einen solchen zu liefern, dessen Eigenthümer er ist; denn Niemand kann gezwungen werden, sich der Verjährung gegen seinen Willen und die Stimme seines Gewissens zu bedienen (Art. 1238).

Wenn der, welcher die Sache übergeben hat, zwar Eigenthümer derselben, aber unfähig war, sie zu veräußern, dann kann die Zahlung nur dann von diesem Unfähigen angefochten werden, wenn er ein Interesse daran hat, es zu thun; z. B. wenn er eine werthvollere Sache übergeben hat als die und die andere, deren Uebergabe ihn ebenfalls befreit haben würde. Aber auch hier ist der Rückgriff des Unfähigen unmöglich, wenn der Gläubiger die Sache in gutem Glauben verbraucht hat (Art. 1238).

88. — Die Zahlung muß an einen Gläubiger geschehen, der fähig ist, zu empfangen, oder an eine Person, die entweder von ihm, oder von dem Gesetz, oder vom Gericht an seiner Stelle anzunehmen beauftragt ist. Jedoch wird die dem unfähigen Gläubiger gemachte Zahlung gültig, wenn sie in den Nutzen dieses Gläubigers verwendet wird und derselbe keinen Nachtheil aus der Regelwidrigkeit der Zahlung erleidet; oder ferner wenn sie von demjenigen genehmigt wird, welcher Vollmacht hatte, für den Unfähigen anzunehmen. Ebenso wird die einem fähigen Gläubiger gebührende Zahlung, die man an Jemanden leistet, der keinen Auftrag statt seiner zu empfangen hatte, gültig, wenn der Gläubiger sie gutgeheißen oder Vortheil daraus gezogen hat (Art. 1239 und 1241).

Gültig ist auch die Zahlung, die weder an den Gläubiger noch an dessen Mandatar gemacht worden ist, wenn sie an den Besitzer der Forderung geschah, d. h. an denjenigen, welcher ungestört der Eigenschaft des Gläubigers genoß, z. B. an den muthmaßlichen Erben. Ebenso verhält es sich mit der Zahlung an einen Gewalthaber, dessen Vollmacht zwar widerrufen, deren Widerruf dem Schuldner aber nicht eröffnet worden ist. Anders ist es aber, wenn es sich um einen Auftrag, dessen Frist umlaufen ist, oder um einen erdichteten Auftrag handelt; denn im ersten Falle benahm sich der Schuldner nachlässig, und im zweiten hat er die Folgen der Arglist auf sich, denn gegen ihn war diese Arglist gerichtet, ihn hat man betrogen (Art. 1239 und 1240).

Wurde die Zahlung auch an einen Gläubiger gemacht, der Herr seiner Rechte ist, so ist sie doch nichtig, wenn sie gegen einen richterlichen Beschlag geschah. In diesem Falle eines Beschlags muß der Schuldner nicht allein eine Summe, die der Forderung,

für welche der Beschlag angelegt ist, gleich kömmt, sondern die ganze schuldige Summe in seinen Händen zurückbehalten; denn dann, wenn nach seiner Zahlungsleistung neue Beschläge angelegt würden, bekäme der, welcher zuerst den Beschlag erwirkt, im Zusammentreffen mit denen, welche es später gethan haben, nur einen Theil der eingehaltenen Summe, mithin nur einen Theil seiner Forderung. Er würde also aus der theilweisen Zahlung, welche mit Hintansetzung seiner Einsprache geschah, einen Schaden erleiden, und diese Zahlung wäre demnach ihm gegenüber ungültig (Art. 1242).

89. — Da die Zahlung in der Uebergabe der Sache oder Erfüllung der Handlung, welche Gegenstand der Verbindlichkeit ist, besteht, so kann der Gläubiger nicht gezwungen werden, an die Stelle des Gegenstandes, den er zu fordern hat, einen anderen setzen zu lassen, selbst wenn dieser letztere einen größeren Werth haben sollte. Unbezweifelt kann diese Vertauschung eines Gegenstandes mit einem anderen unter Einwilligung des Gläubigers ganz füglich geschehen, und es liegt darin der Fall einer Novation; aber dieser Gläubiger braucht sich solche nicht gegen seinen Willen gefallen zu lassen (Art. 1243).

Man thut seine Schuldigkeit im Zahlen nicht, man zahlt nicht pünktlich, wenn man das, was man auf ein Mal geben sollte, stückweise und in verschiedenen Zielern gibt; folglich kann der Gläubiger nicht gezwungen werden, Theilzahlungen anzunehmen. Jedoch sind die Gerichte befugt, dem Schuldner eine solche Theilung zu bewilligen, wenn sie es für denselben, jedoch ohne Benachtheiligung des Gläubigers, nothwendig erachten. Dieser, obgleich bestrittene Punkt ist dennoch richtig; denn er ist nicht nur im Gesetze niedergeschrieben, sondern auch in der bestimmtesten Weise von den Verfassern des bürgerlichen Gesetzbuchs ausgesprochen. Es kann das um so weniger bezweifelt werden, als der Satz, welcher diese Befugniß ausspricht, in folgender Fassung angenommen worden ist: „Der Richter kann gleichwohl, in Rücksicht auf die Lage des Schuldners, die Theilung der Zahlung verwilligen." — Und da hierin eine Maßregel der Menschlichkeit und der öffentlichen Ordnung liegt, die bestimmt ist, unglückliche und gewissenhafte Schuldner gegen die bisweilen unerbittliche und unnöthige Härte eines schlimmen Gläubigers zu schützen, so müssen wir zugeben, daß man hierin durch besondere Uebereinkunft keine Aenderung eintreten lassen kann, und daß die Richter trotz einer entgegenstehenden Stipulation so oft davon Gebrauch machen können, als sie es für

wahrhaft nothwendig erachten. — Da die Verfügung, welche diese Befugniß einführt, absolut und ohne Beschränkung ist und man keinen gesetzlichen oder vernünftigen Grund anführen kann, hierin eine Unterscheidung zu machen, die nicht darin liegt, so müssen wir, gegen die Ansicht der Schriftsteller und mit einem feststehenden Gerichtsgebrauche behaupten, daß diese Befugniß, die die Menschlichkeit selbst hervorgerufen hat, eben sowohl auf eine öffentlich beurkundete, als auf jede andere Schuld Anwendung findet (Art. 1244).

90. — Daraus, daß Niemand für Unmöglichkeiten, welche eintreten, ohne daß ihm etwas zugerechnet werden könnte, verantwortlich sein kann, folgt, daß, wenn die im Stücke bestimmte Sache, die den Gegenstand einer Verbindlichkeit ausmacht, ohne Verschulden oder eine Handlung des Schuldners sich verschlimmert, dieser vollkommen frei wird, wenn er die Sache in dem Zustande, in welchem sie sich befindet, übergibt. Der bloße Verzug in der Uebergabe der Sache ist ein Verschulden und macht den Schuldner verantwortlich, wenn durch diese Verzögerung die Sache verschlimmert wird und sie nicht auch beim Gläubiger die Verschlimmerung hätte erleiden müssen (Art. 1245).

Wenn die schuldige Sache statt im Individuum (was man ein bestimmtes Stück nennt) nur der Art, oder, wenn man will, der Gattung nach, bezeichnet ist, dann muß der Theil, welchem die Wahl zusteht (d. h. der Schuldner, wenn das Gegentheil nicht bedungen ist), eine Sache mittlerer Güte wählen: der Gläubiger kann die beste nicht verlangen und der Schuldner die schlechteste nicht geben. Es ist aber offenbar anders, wenn nachgewiesen wird, daß man der bestimmten Partei das unbeschränkte Recht habe geben wollen, den Gegenstand, der ihr beliebt, zu wählen, sei es nun aus einer bestimmten Klasse der Art oder der Gattung, oder aus der ganzen Art oder ganzen Gattung (Art. 1246).

91. — Der Ort, wo die Zahlung zu geschehen hat, wird nach den folgenden drei Regeln bestimmt: — 1. sie hat an dem vertragsmäßig bestimmten Orte zu geschehen, so oft dieser Ort, sei es nun ausdrücklich oder stillschweigend, vereinbart worden ist; — 2. wenn es sich, in Ermangelung ausdrücklicher oder stillschweigender Uebereinkunft, um ein bestimmtes Stück handelt, dann muß solches an dem Orte übergeben werden, wo es sich beim Vertragsabschlusse befand; — 3. außer diesen beiden Fällen geschieht die Zahlung im Allgemeinen im Wohnsitze des Schuldners; übrigens ist damit der Wohnsitz des Schuldners gemeint, den er am Tag

der Zahlung hat, und nicht der andere Wohnsitz, den er am Tage des Vertragsabschlusses gehabt haben mochte; denn Pothier, aus dem das Gesetzbuch diese Regel entnommen hat, erklärte, daß es sich um den Ort handle, wo die Schuld eingeklagt werden müsse, nämlich um den wirklichen Wohnsitz des Schuldners, denn da muß die Klage angestellt werden (Art. 1247).

Die Kosten der Zahlung, d. h. alle Ausgaben für die Verwirklichung und den Beweis der Zahlung, ruhen ganz natürlich auf dem, welchem die Zahlung obliegt — auf dem Schuldner (Art. 1248).

II. Von der Zahlung mit Subrogation.

92. — Unter Zahlung mit Subrogation ist die zu verstehen, welche nicht durch den Schuldner, sondern durch einen Anderen geschieht, der, während er zwar die Schuld tilgt (denn darin besteht die unmittelbare und nothwendige Wirkung jeder Zahlung, so daß es ein Widerspruch wäre, von einer bezahlten und nicht getilgten Schuld zu sprechen), dennoch die dieser Schuld angehängten Garantieen fortbestehen läßt, welche auf die neu entstehende Forderung in Folge der Geschäftsführung zu Gunsten dessen übertragen werden, welcher gezahlt hat. Die Subrogation ist also die Setzung einer Person an die Stelle einer anderen, bezüglich der Sicherheiten der Forderung, welche der letzteren zustand und von jener bezahlt wurde. Obgleich übrigens eine Subrogation der Natur der Sache nach nur wegen dessen zulässig ist, was von Jemanden, der es nicht schuldig war, bezahlt wird, so ist es doch begreiflich, daß, wo mehrere Schuldner einer und derselben Verbindlichkeit vorhanden sind, diese Subrogation allerdings zu Gunsten eines von ihnen eintreten kann; denn wenn einer der Schuldner das ganz zahlt, was er nur zu seinem Theile schuldig ist, dann ist offenbar das, was er über diesen Antheil zahlt, wirklich für einen Anderen bezahlt (Art. 1236).

Die Subrogation kann auf einem Vertrag beruhen, oder kraft Gesetzes aus gesetzlichen Bestimmungen selbst entspringen.

93. — Subrogation kraft Vertrags. — Die vertragsweise Subrogation kann eintreten: — 1. zwischen dem Gläubiger und einem Dritten, sogar ohne die Einwilligung des Schuldners; — 2. zwischen dem Schuldner und einem Dritten, sogar ohne Zustimmung des Gläubigers.

Zur Rechtsgültigkeit der durch den Gläubiger verwilligten Subrogation sind nur zwei Erfordernisse nothwendig. Das erste besteht darin, daß die Subrogation in dem Vertrag bestimmt ausgedrückt sein muß, indem das Gesetz eine stillschweigende Subrogation nicht kennt; das ist übrigens gleichgültig, mit welchen Worten sie ausgedrückt wird. Das zweite besteht darin, daß die Subrogation im Augenblick der Zahlung geschehen muß; denn wenn die Zahlung vor der Subrogation geschah, dann hat sie als eine unbedingte Zahlung die Erlöschung der Sicherheiten wie die der Schuld selbst zur Folge, und es kann der Uebertrag von nicht mehr bestehenden Sicherheiten, — mit anderen Worten, es kann eine Subrogation nicht mehr in Frage kommen. Wenn übrigens die Subrogation auch im Augenblick der Zahlung zu Stande kommen muß, so hindert das doch nicht, daß sie schon vor dieser Zahlung vereinbart wird, weil sie sich doch immer durch die Zahlung verwirklichen wird. — Diese zwei Voraussetzungen sind die einzigen, welche das Gesetz fordert, und es wäre offenbar willkürlich gehandelt, wenn man deren noch andere verlangen wollte, wie z. B. die Uebergabe der Rechtstitel Seitens des Gläubigers an den Subrogirten, oder die urkundliche Eröffnung der Subrogation an den Schuldner. Die Vorsicht erfordert allerdings, daß der Subrogirte die Wege einschlage, die geeignet sind, die Wirkungen seiner Subrogation Dritten und dem Schuldner gegenüber zu sichern; aber abgesehen davon, daß hier nicht die Gültigkeit der Subrogation in Frage kommt, so ist der Subrogirte auch nicht gezwungen, zu den hier angegebenen Mitteln seine Zuflucht zu nehmen: hinreichend gesichert ist er gegen die Wirkung von Beschlagsverfügungen, die gegen den Subrogirenden erlassen werden mögen, oder eines Verkaufs, welchen der Subrogirende unredlicher Weise mit der bezahlten Forderung vornehmen mag, durch das sichere Datum, das er seiner Subrogationsurkunde gegeben hat, mag auch die Uebergabe der Rechtsurkunden noch nicht erfolgt sein: und die Zahlung der im Wege der Subrogation bezahlten Schuld durch den Schuldner an den subrogirenden Gläubiger kann dem Subrogirten nicht entgegen gehalten werden, obgleich dieser Schuldner von der Subrogation nur durch einen einfachen Brief oder eine bloß mündliche Erklärung in Kenntniß gesetzt worden sein mochte, wenn solche nur durch eine Urkunde dieses Schuldners oder dessen Geständniß erwiesen ist (Art. 1250).

Nach dem Angeführten kann offenbar ein Dritter den Gläubiger nie zwingen, ihn zu subrogiren. Er kann ihn zwar, wie

wir gesehen haben, zwingen, auch gegen seinen Willen die Zahlung anzunehmen, er kann ihn aber nicht zwingen, eine Zahlung mit Subrogation anzunehmen, weil die Subrogation nur durch Vertrag, durch gegenseitige Uebereinstimmung zu Stande kommen kann (Art. 1236).

94. — Auch zur Subrogation, welche der Schuldner vornimmt, sind nur zwei Voraussetzungen erforderlich. Es muß: — 1. durch Notariatsakt richtig gestellt werden, daß dieser Schuldner von dem Dritten eine Summe zu dem Zweck entlehnt, um seine Schuld damit zu decken; — 2. eine Quittung ebenfalls in öffentlicher Urkunde ausdrücken, die Zahlung sei wirklich mittelst der entliehenen Summen geschehen. Ein weiteres Erforderniß ist nicht nöthig, und es ist sogar nicht erforderlich, daß der Wille zu subrogiren hierbei ausgedrückt wird; dieser Wille ergibt sich deutlich genug daraus, daß man es sich angelegen sein ließ, die vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu erfüllen (Art. 1250).

95. — Gesetzliche Subrogation. — Sie tritt ein: — 1. zu Gunsten eines jeden Gläubigers, der einen anderen Gläubiger (natürlich des nämlichen Schuldners), welcher einen gesetzlichen Grund des Vorgangs vor ihm hat, bezahlt; — 2. zu Gunsten eines Jeden, der eine Schuld bezahlt, an deren Deckung er ein Interesse hat, weil er zu dieser Zahlung mit Anderen oder für Andere verbunden war. Die Regel findet namentlich auf einen Sammtschuldner Anwendung, welcher über seinen Antheil an der Schuld, zu welcher er mit seinen Mitschuldnern verbunden war, bezahlt hat, und auf den Inhaber einer verpfändeten Liegenschaft, der die Pfandschuld zahlt, für welche er also für einen Anderen haftete; — 3. endlich zu Gunsten des Vorsichtserben, der mit seinem Gelde Erbschaftsschulden bezahlt (Art. 1251).

96. — Wirkungen der Subrogation. — Die vertragsmäßige, wie die gesetzliche Subrogation bewirkt, daß der Subrogirte innerhalb der Gränzen seiner Forderung an die Stelle des bezahlten Gläubigers tritt, d. h. daß alle Sicherheiten, welche dem Gläubiger zustanden, auf ihn übergehen, z. B. die Sicherheit aus einer Bürgschaft, über deren Uebergang unter unseren früheren Parlamenten Meinungsverschiedenheit herrschte. Das Gesetz macht jedoch von dieser Regel eine ebenso befremdende als unbillige Ausnahme in dem Falle, wo der Gläubiger von dem Subrogirten nur zu einem Theile der Schuld bezahlt worden ist: es erklärt, daß dieser Gläubiger mit dem Reste seiner Forderung nicht, wie

es sein sollte, neben dem Subrogirten, sondern vor demselben zur Zahlung kommt; so daß dieser in einem solchen Falle aus Rücksicht auf den Gläubiger die Sicherheiten nicht geltend machen kann, welche ihm doch übertragen worden sind, sich somit in der Lage sieht, diesem Gläubiger gegenüber seine Subrogation für nicht geschehen betrachten zu müssen. Und weil der theilweise bezahlte Gläubiger dem Subrogirten gegenüber ausschließlich das Recht behält, die Sicherheiten der Forderung geltend zu machen, so ist es klar, daß wenn er seinen so übermäßig begünstigten Forderungsantheil verkauft, verschenkt oder sonst wie überträgt, der neue Berechtigte, weil er genau den nämlichen Forderungsantheil erhält, nothwendig der gleichen Vergünstigung theilhaftig wird; wenn dagegen, statt eines Uebertrags dieses Forderungsantheils, eine Zahlung desselben mit Subrogation, wie es zuvörderst bei dem ersten geschah, vorgenommen wurde, dann kann der zweite Subrogirte nicht wie ein Cessionar sagen, er habe die nämliche Forderung wie der ursprüngliche Gläubiger, und es fällt die fragliche befremdende Ausnahme weg, um dem gemeinen Rechte Platz zu machen, und die beiden Subrogirten machen neben einander die ihnen übertragenen Sicherheiten geltend (Art. 1252).

Wir haben gesagt, daß die Subrogation den Subrogirten nur innerhalb der Gränzen, in welchen die neue Forderung dieses Subrogirten dessen fähig ist, an die Stelle des Gläubigers setzt und dessen Sicherheiten auf ihn überträgt. So ist es ganz klar, daß, wenn der Subrogirte gerade einer von denjenigen ist, welche für die Schuld hafteten und welche der Gläubiger belangen konnte, die Klage dieses Subrogirten nicht gegen eben so viele Personen gerichtet werden kann, als die des ursprünglichen Gläubigers. Wenn sich ferner der Gläubiger dazu verstand, seine Zahlung anzunehmen und für eine geringere Summe als den Betrag der Schuld zu quittiren (und es ausgemacht ist, daß die Betheiligten eine einfache Zahlung, welche die Schuld tilgt, und nicht einen Uebertrag bewirken wollten, dessen Vortheil dem Cessionar, uneigentlich Subrogirten genannt, zu gut kommen sollte), dann ist es klar, daß der Subrogirte, der demnach nur eine geringere Forderung hat als die des Subrogirenden war, nur bis zum Betrage dieser geringeren Forderung den Schuldner belangen und alle Vortheile, die für ihn aus der Subrogation entspringen mögen, geltend machen kann (ibid.).

Der Umfang des Rückgriffs des Subrogirten, wo dieser Subrogirte zu denen gehört, welche für die Schuld hafteten, sei es mit Anderen oder nur für Andere, scheint sich in den zwei folgenden Regeln zusammenfassen zu lassen: — 1. wenn der Subrogirte mit Anderen haftet, indem er selbst einer der Schuldner ist, dann hat er zunächst keine Klage wegen des Antheils, den er selbst an der Schuld zu tragen hat; und wegen dessen, was diesen Antheil übersteigt, kann er, mag auch die Schuld eine solidarische oder unterpfändliche sein, seine Mitschuldner doch nur wegen ihrer betreffenden Antheile belangen (um einen Kreislauf der Klagen zu verhüten), und er hat keine Klage gegen die, welche für die Schuld nur in ihrer Eigenschaft als Bürgen oder gleich Bürgen hafteten, d. h. für die Schuldner und ohne selbst Schuldner zu sein. Wenn der Subrogirte nur für Andere haftete, ohne selbst Schuldner zu sein, dann kann er diejenigen, welche in der gleichen Lage waren, nur für eines Jeden Antheil belangen (immer um den Kreislauf der Klagen zu vermeiden); gegen die Schuldner aber hat er das gleiche Klagerecht wie der ursprüngliche Gläubiger selbst (ibid.).

III. Von der Aufrechnung der Zahlungen.

97. — Wenn ein Schuldner mehrerer Posten, die einen ähnlichen Gegenstand haben, eine Zahlung leistet, die auf einen wie auf den anderen bezogen werden kann, aber nicht hinreicht, um sie alle zu decken, dann hat er das Recht, zu erklären, auf welche Schuld er seine Zahlung aufgerechnet wissen will (Art. 1253).

Man hat keine zwei Schuldposten, wenn man eine Rente oder ein verzinsliches Kapital, und daneben eine gewisse Summe als Rückstände dieser Rente oder als Zinsen dieses Kapitals schuldet; das Kapital und seine Zinsen, die Rente und ihre Rückstände sind in Wahrheit nur die Gegenstände einer und derselben Verbindlichkeit. Die Regel, welche für den Fall mehrerer Schuldposten gegeben ist, findet hier also keine Anwendung, und ein Schuldner kann ohne Einwilligung des Gläubigers seine Zahlung vor den Zinsen oder Rückständen nicht auf das Kapital aufrechnen: wo die Betheiligten hierüber Nichts bestimmen, trifft die Zahlung immer diese Zinsen oder Rückstände. Ebenso verhält es sich auch da, wo der Schuldner eine Zahlung leistet, die zu gering ist, um das Ganze an Zinsen und Kapital zu decken, und dabei erklären oder veranlassen würde, daß in der Quittung ausgedrückt wird, die Zahlung sei auf Kapital sammt Zinsen geschehen. Der

Umstand, daß das Kapital hierbei vor den Zinsen genannt wird, hindert nicht, die Zahlung nur mit dem Betrage auf das Kapital aufzurechnen, der nach Tilgung aller Zinsen oder Rückstände übrig bleibt (Art. 1254).

Wenn in einem solchen Fall einer Zahlung, die den Betrag von Zinsen oder Rückständen übersteigt, die Quittung (anstatt zu sagen, daß die Zahlung auf das Kapital, wie auf die Zinsen geleistet worden sei) darüber schweigt, was die Betheiligten zu thun beabsichtigten, muß man dann sagen, der Ueberschuß über den Zinsenbetrag müsse auf das Kapital aufgerechnet werden, oder soll man so entscheiden, dieser Ueberschuß ist als eine Zahlung zur Ungebühr zu betrachten und unterliegt der Rückforderung? ... Es ist offenbar, daß hier einfach die Absicht in Frage steht, welche sich bei Renten, wie bei Kapitalien aus den Thatumständen darlegt: wenn es klar ist, daß der Schuldner die zu große Zahlung nur im Irrthum und während er nur die Zinsen zahlen wollte, gemacht hat, dann ist es sicher, daß eine Zahlung zur Ungebühr vorliegt, die der Rückforderung ausgesetzt ist, sowohl bei einem Kapital als bei einer Rente; ist dagegen ersichtlich, daß die Absicht der Betheiligten darauf ging, einen Theil des Kapitals zu tilgen, dann ist es handgreiflich, daß keine Rückforderung zulässig ist, weder bei Kapitalien, noch bei Renten (ibid.).

Handelt es sich anstatt um die Zinsen, welche ein Kapital trägt, und die mit diesem den Gegenstand einer und derselben Verbindlichkeit ausmachen, nur um Verzugszinsen, d. h. um eine Summe, die im Falle einer nicht zinstragenden Verbindlichkeit als Schadloshaltung für die verzögerte Erfüllung der Verbindlichkeit geschuldet wird, dann muß man auf die für den Fall mehrerer Schuldposten aufgestellte Regel greifen, und dem Schuldner steht es frei, zu erklären, welche der beiden Schulden er zahlen will, weil diese Verzugszinsenschuld von der Kapitalschuld verschieden ist (ibid.).

98. — Wenn der Schuldner nicht selbst die Aufrechnung macht, dann kann sie der Gläubiger machen, und was der hierüber in der Quittung ausdrückt, erzeugt seine Wirkung. Diese Aufrechnung muß jedoch redlicher Weise geschehen; der Schuldner kann sie aufheben lassen, wenn sie das Ergebniß eines Betrugs oder auch nur einer einfachen Uebereilung ist (Art. 1255).

Geschah eine Aufrechnung weder durch den Schuldner, noch durch den Gläubiger, dann wird sie durch das Gesetz selbst nach folgenden Regeln bestimmt:

Von zwei Schuldposten, deren nur einer verfallen ist, wird die Zahlung auf diesen aufgerechnet. — Wenn alle Schulden verfallen sind oder keine es ist, dann geschieht die Aufrechnung auf die lästigste. — Wenn die verschiedenen Schulden gleich lästig sind, dann geschieht die Aufrechnung bei verfallenen Schulden auf die am längsten verfallene; bei nichtverfallenen auf die, welche zunächst am Fälligwerden ist. — Sind alle Verhältnisse gleich, dann wird die Zahlung auf alle Schulden verhältnißmäßig aufgerechnet (Art. 1256).

IV. Von der Zahlung bei Weigerung des Gläubigers.

99. — Wenn sich ein Gläubiger ohne gerechten Grund weigert, seine Zahlung anzunehmen, dann kann der Schuldner trotzdem zu seiner Befreiung gelangen, und zwar durch Mittel, die verschieden sind, je nachdem die Schuld eine Geldsumme, oder ein bestimmtes Stück, oder eine unbestimmie Sache zum Gegenstande hat.

Um den Weigerungsgrund des Gläubigers als nicht gerechtfertigt darzustellen, ist erforderlich, daß man ihm eine regelrechte und gültige Zahlung anbietet. Es wird also vorausgesetzt: — 1. daß das Anerbieten einem Gläubiger geschieht, der fähig ist, zu empfangen, oder einer Person, die Gewalt hat, für ihn anzunehmen; — 2. daß es von Jemanden geschieht, der fähig ist, das zu zahlen, um was es sich handelt; — 3. daß es die ganze zu zahlende Sache umfaßt; — 4. und 5. daß es nicht vor Ablauf des zu Gunsten des Gläubigers gesetzten Zahlungsziels geschieht, noch vor Erfüllung der Bedingung, von deren Eintritt die Existenz der Schuld abhängt (Art. 1258).

100. — Bei Geldschulden muß der Schuldner auf die Weigerung seines Gläubigers demselben die Summen darlegen und solche sodann hinterlegen (Art. 1257).

Unter Darlegung versteht man das wirkliche und baare Anbieten der Summe. Zu ihrer Gültigkeit gehört zunächst das Dasein der fünf Erfordernisse, von denen wir unter der vorhergehenden Nummer gesprochen haben; dann — 6. daß sie am vertragsmäßigen Zahlungsorte geschieht, oder, wo hierüber Nichts bestimmt ist, an den Gläubiger in Person, oder an dessen wirklichem oder vertragsmäßigem Wohnsitze; — 7. daß sie durch einen öffentlichen Beamten geschieht, der die Befugniß hat, Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit zu beurkunden, d. h. durch einen Notar oder einen Gerichtsboten; — 8. endlich, daß das von diesem Beamten aufgenommene Protokoll die Zahl und den Werth der an-

gebotenen Stücke bezeichnet, der Antwort des Schuldners erwähnt und anführt, ob er unterzeichnet, sich geweigert zu unterzeichnen, oder erklärt hat, es nicht zu können (ibid.).

Nimmt der Gläubiger die Darlegung an, dann ist es klar, daß er bezahlt und Alles fertig ist, als ob die Dinge sich in gütlichem Wege ausgeglichen hätten. Weigert er sich, dann muß ihn der Schuldner, um zu seiner Befreiung zu gelangen, auf bestimmten Tag und Stunde an den Hinterlegungsort laden lassen, um daselbst die dargelegte Summe in Empfang zu nehmen, wenn er sich dazu entschließt, oder um deren Hinterlegung mit anzusehen, wenn er auf seiner Weigerung bestehen bleibt. Erscheint der Gläubiger am angegebenen Orte und zur angegebenen Zeit nicht, oder weigert er sich von Neuem anzunehmen, dann muß sich der Schuldner der ganzen angebotenen Summe, sowie der seit dem Tage der Darlegung erwachsenen Zinsen entäußern und das Ganze in der Hinterlegungskasse niederlegen; diese hat in Paris einen besonderen Kassier, in jeder Departementshauptstadt den Generaleinnehmer und in jeder Bezirkshauptstadt den Untererheber zum Vorgesetzten. Endlich muß ein Protokoll, das wie jenes bei den Darlegungen durch einen Notar oder huissier aufgenommen wird, die Beschaffenheit der Stücke bezeichnen, das Ausbleiben des Gläubigers oder seine wiederholte Weigerung und die darauf erfolgte Hinterlegung anführen; ferner, jedoch nur im Falle des Ausbleibens, muß dem Gläubiger eine Abschrift des Protokolls behändigt werden (Art. 1257 — 1259).

Die so dargelegte und hinterlegte Summe gilt in Bezug auf den Schuldner für bezahlt, als welcher somit befreit wird, jedoch unter der Voraussetzung, daß die Hinterlegung in der Folge vom Gläubiger angenommen oder durch Urtheil für gültig erklärt werde. So lange diese Annahme oder dieses Urtheil nicht eingetreten ist, kann der Schuldner die Summe zurückziehen, und wenn er es thut, bleibt die Schuld fortbestehen. Wie aber angenommen oder abgeurtheilt ist, wird die Erlöschung der Schuld endgültig; der Schuldner kann also die Summe nur mit Einwilligung des Gläubigers zurücknehmen, und die so bewirkte Rücknahme hat die Entstehung einer neuen Schuld zur Folge; so daß die Bürgschaften, Unterpfandsrechte oder andere Sicherheiten, welche der ersten Forderung zur Seite standen, nichts destoweniger erloschen bleiben (ibid. und Art. 1261 — 1263).

Die Kosten der Darlegung und der Hinterlegung sind, wenn der Gläubiger beide geschehen läßt, diesem Gläubiger zur Last, vorausgesetzt übrigens, daß diese Darlegung und diese Hinterlegung in gültiger Weise geschehen sind. Wenn der Gläubiger, nachdem er die Darlegung zurückgewiesen hat, die Hinterlegung vereitelt, indem er im Augenblick, wo sie vor sich gehen sollte, annimmt, dann bleiben die aufgewendeten Kosten ihm ebenfalls zur Last. Wenn er aber die Darlegung in dem Augenblick annimmt, wo sie ihm gemacht wird, dann fallen deren Kosten nur in so ferne auf seine Rechnung, als gütliche Anerbieten der Darlegung vorangingen und zurückgewiesen wurden; und es ist klar, daß der Schuldner diese gütlichen Anerbietungen und deren Zurückweisen darzuthun hat, weil (wie wir in dem Kapitel von den Beweisen sehen werden) der, welcher eine Behauptung aufstellt, sie zu beweisen hat; wenn aber das Anerbieten bewiesen oder zugestanden ist, und der Gläubiger behauptet, es nur darum zurückgewiesen zu haben, weil es nicht gültig war, dann hat er den Beweis der Ungültigkeit zu führen (Art. 1260).

101. — Wenn die Schuld ein bestimmtes Stück zum Gegenstande hat, dann bedarf es weder einer Darlegung, noch einer Hinterlegung; man muß aber unterscheiden, ob der Gläubiger den Gegenstand zu holen hat, oder ob der Schuldner verpflichtet ist, ihm solchen zu bringen.

Im ersten Falle läßt der Schuldner den Gläubiger, nachdem er den Gegenstand seiner Verbindlichkeit an den Uebergabsort verbracht, wenn er noch nicht daselbst ist, zu dessen Wegnahme gerichtlich auffordern. Diese Aufforderung, mag sie dem Gläubiger in Person oder an dessen wirklichem oder erwähltem Wohnsitze behändigt worden sein, erzeugt für sich allein die Wirkungen, welche wir oben aus der Darlegung und der Hinterlegung entspringen sahen, so daß die Schuld unmittelbar erlöscht unter der Voraussetzung einer nachfolgenden Annahme Seitens des Gläubigers, oder eines Urtheils, das die Rechtsgültigkeit der Aufforderung ausspricht. Wenn übrigens bei dem Schuldner das Bedürfniß eintritt, den Ort zu räumen, welchen der Gegenstand der Schuld einnimmt, dann kann er sich durch ein Urtheil ermächtigen lassen, denselben an einem bestimmten anderen Orte, den das Gericht bezeichnet, niederzulegen. Es versteht sich von selbst, daß die Kosten der Aufforderung und die der Niederlegung, von der wir eben gesprochen, wenn sie stattfindet, dem Gläubiger zur Last fallen, so oft nachgewiesen

wird, daß dieser Gläubiger sich unbefugter Weise geweigert hat, sich den Gegenstand ausfolgen zu lassen (Art. 1264).

Wenn der Schuldner verbunden ist, seinem Gläubiger die Sache zu bringen, dann genügt es, bei der Verweigerung der Annahme Seitens des Gläubigers sie sofort an einem möglichst nahen Orte niederzulegen und dann den Gläubiger aufzufordern, sie allda in Empfang zu nehmen. Der Schuldner wird durch diese Aufforderung befreit, immer aber unter der Voraussetzung einer nachfolgenden Annahme Seitens des Gläubigers, oder eines Urtheils, das die Rechtsgültigkeit des Geschehenen ausspricht. Es ist offenbar, daß auch hier die Weigerung des Gläubigers ihm alle die durch diese Weigerung veranlaßten Kosten zur Last legt (ibid.).

102. — Bei Schulden, die unbestimmte Sachen zum Gegenstande haben, befolgt man alle Regeln, welche soeben bei Schulden, deren Gegenstand in bestimmten Stücken besteht, angegeben wurden, unter anderen aus dem Grunde, weil die Wahl der zu liefernden Sache, welche der Schuldner getroffen, und die individuelle Bezeichnung derselben, die er in der Aufforderung des Gläubigers machen mußte, diese Sache zu einem bestimmten Stücke machen.

Wenn die Wahl und damit das Bestimmen der unbestimmten Sache dem Gläubiger zustand, dann muß der einzuschlagende Weg nothwendiger Weise etwas verschieden sein. Der Schuldner muß auf die erste Weigerung des Gläubigers diesen auffordern lassen, den Gegenstand zu wählen und wegzunehmen; und auf die wiederholte Weigerung, diesem Ansinnen zu entsprechen, kann er ein Urtheil veranlassen, welches ausspricht, daß, wenn der Gläubiger seine Wahl innerhalb der und der Zeit nicht trifft, diese Wahl durch einen bestimmten Dritten getroffen und die so gewählte Sache an dem und dem Orte niedergelegt werden solle (Zusatz zu Art. 1264).

II. Abschnitt.

Von der Novation.

103. — Die Novation ist die Umänderung einer Verbindlichkeit in eine andere, sie ist die Setzung einer neuen Verbindlichkeit an die Stelle der vorhergehenden, die somit getilgt und durch die zweite ersetzt wird. Sie kann auf dreierlei Arten vor sich gehen: — 1. durch die bloße Umänderung der Schuld (während Gläubiger und Schuldner die gleichen bleiben); — 2. durch den Wechsel in der Person des Schuldners; — 3. durch den Wechsel in der Person des Gläubigers.

Es ist offenbar, daß diese drei causae, deren eine einzige die Rechtswandlung der Verbindlichkeit bewirken kann, auch zusammen wirken können, und wenn einer Seits mehrere Novationsgründe zusammen wirken können, um eine einzige Schuld zu tilgen, so ist es umgekehrt auch möglich, daß eine einzige Rechtswandlungsursache mehrere Schulden zugleich tilgt (Art. 1271).

Im Falle der Rechtswandlung durch Wechsel in der Person des Schuldners, wo der frühere Schuldner den neuen an seine Stelle vorgeschlagen hat, liegt eine Delegation vor (Art. 1275). Wenn dagegen der neue an die Stelle des alten getreten ist, ohne Mitwirkung des Letzteren, dann spricht man von einer Expromission (Art. 1274).

104. — Kitzelig ist die Frage, ob eine Uebereinkunft eine Novation bewirkt habe, und man setzt sich oft der Gefahr aus, den Betheiligten eine Absicht unterzuschieben, welche sie nicht gehabt haben, wenn man diese Novation leichthin annimmt. So kann man eine Novation in der Umwandlung der Schuld sehen, während die Betheiligten derselben nur eine Modification beifügen, aber keine andere an deren Stelle setzen wollten; eine Rechtswandlung durch Wechsel in der Person des Schuldners, während man dem ersten Schuldner einen zweiten oder einen Bürgen hat beigeben wollen; eine Rechtswandlung durch Wechsel in der Person des Gläubigers in einem Falle, wo man nur eine Cession der Forderung beabsichtigte. Da die Rechtswandlung auf der anderen Seite eine wichtige Sache ist und man nicht leichthin glauben darf, ein Gläubiger habe seine Rechte aufgeben wollen, so verbietet das Gesetz ausdrücklich, um hier die Folgen der Auslegung ohne Controle, welche gewöhnlich den Richtern der Thatsachen bei Fragen nach der Absicht zusteht, abzuschneiden, eine solche anzunehmen, so oft hier ein Zweifel vorliegen mag und keine klare Willensäußerung, solche zu bewirken, vorhanden ist. In dem Falle, in welchem der Irrthum noch mehr zu fürchten schien, nämlich dem der Delegation, verbietet das Gesetz außerdem eine Rechtswandlung dann anzunehmen, wenn der Wille, eine solche zu bewirken, nicht ausgedrückt ist; in anderen Fällen genügt es, wenn dieser Wille aus den Umständen sich ergibt, sofern er nur deutlich daraus hervorgeht (Art. 1273 und 1275).

Der Gerichtsgebrauch hat diese Grundsätze namentlich auf den Fall angewendet, wo ein Verkäufer von seinem Käufer Wechsel zur Zahlung des Kaufpreises erhält; er entscheidet mit Recht, daß

die gegen Auslieferung der Wechsel, wenn auch ohne Vorbehalt, gegebene Quittung dieses Verkäufers, nicht der Art ist, daß daraus dargethan werden kann, der Gläubiger habe für den Fall der Nichtzahlung der Wechsel seine bevorzugte Forderung als Verkäufer aufgeben wollen; und oberrichterliche Urtheile, welche das Gegentheil erkannt hatten, sind, als im Widerspruche mit dem Gesetze stehend, kassirt worden (Art. 1273).

105. — Bei der Novation, die in der Setzung einer Schuld an die Stelle einer anderen besteht, ist es also, wenn sie zu Stande kommen soll, unumgänglich nothwendig, daß zwei Verbindlichkeiten im Spiele sind: diejenige, welche durch Einsetzung der anderen getilgt werden soll, und die, deren Einsetzung diese tilgen soll. Hat die erste keinen gesetzlichen Bestand, dann hat die zweite, welche man nur einging, um jene dadurch zu ersetzen, eben so wenig Bestand, und die vermeinte Rechtswandlung gilt für nicht geschehen; besteht die zweite im rechtlichen Sinne nicht, dann bleibt die erste fortbestehen, weil in deren Tilgung nur in so ferne gewilligt wurde, als sie durch die andere ersetzt wird, und es liegt hier ebenfalls keine Rechtswandlung vor.

Obgleich übrigens zwei Verbindlichkeiten absolut nothwendig sind, so wird doch nicht erfordert, daß dieselben eine vollkommene und unwiderrufliche Existenz haben. — Wenn z. B. eine oder beide Verbindlichkeiten anfechtbar sind, dann besteht die Rechtswandlung offenbar (vorbehaltlich der anderweitigen Wirkung der Umstoßung, wenn solche einstens ausgesprochen wird), weil diese anfechtbare Verbindlichkeit, so lange sie besteht, alle die regelmäßigen Wirkungen erzeugt. — Ebenso geht eine Rechtswandlung sogar in unwiderruflicher Art vor sich, wenn auch eine der Verbindlichkeiten eine bloß natürliche ist; weil die natürliche Verbindlichkeit in dem Augenblick, wo sie sich als solche kund thut, vom Gesetze gleiche Wirksamkeit wie eine bürgerliche Verbindlichkeit erhält, oder vielmehr durch ihr Kundwerden zur bürgerlichen Schuld wird. — Obgleich eine bedingte Verbindlichkeit für nie vorhanden gewesen gilt, wenn die aufschiebende Bedingung nicht eintritt, oder die auflösende Bedingung eintritt, so taugt eine derartige Verbindlichkeit trotzdem zur Rechtswandlung: und zwar nicht allein zu einer bloß bedingten Rechtswandlung, welche erst mit dem Perfectwerden der Verbindlichkeit selbst vollständig werden soll, sondern auch, wo die Absicht der Betheiligten darauf geht, zu einer absoluten, unbedingten und sofort vollkommenen Rechtswandlung. Da unser französisches Ge-

setz die römische Strenge verwirft, um in der vorliegenden Lehre von den Verbindlichkeiten den Regeln der Billigkeit zu folgen und den Willen der Vertragspersonen zu achten, so oft er nichts Unerlaubtes enthält, so ist es offenbar, daß man allerdings ein Band lösen kann, sogar ein unvollkommenes und bedingtes, indem man an dessen Stelle ein unbedingtes Band setzt und umgekehrt; es ist offenbar, daß man z. B. eine bedingte Schuld von 500 Frks. absolut durch eine unbedingte Schuld von 200 Frks. ersetzen kann, oder vice versa (Art. 1272).

106. — Der offenbare und unbestreitbare Grundsatz von der Nothwendigkeit zweier Verbindlichkeiten muß also mit Vorsicht genommen werden; und wir haben über diesen Punkt einige Entwickelungen beizufügen.

Wenn z. B. eine der beiden Verbindlichkeiten an einer unheilbaren Nichtigkeit leidet (z. B. als den guten Sitten zuwider laufend), dann ist es klar, daß jede Rechtswandlung unmöglich ist.

Wenn dagegen eine der Verbindlichkeiten, anstatt unheilbar nichtig zu sein, nur anfechtbar ist, sei es wegen Unfähigkeit, Zwangs, Irrthums oder Betrugs, dann besteht die Rechtswandlung so lange, als die Umstoßung nicht eintritt; so wie aber die Umstoßung ausgesprochen wird, mithin die Verbindlichkeit auf Nichts gestellt und für nie bestanden habend gilt, dann wird die Rechtswandlung (der Regel nach und vorbehaltlich dessen, was unten gesagt wird) ebenfalls nichtig und nie eingetreten gewesen. Wir müssen hier aber eine wichtige Bemerkung machen, nämlich für den Fall, wo die alte Verbindlichkeit anfechtbar ist.

Die Rechtswandlung selbst deckt dann häufig den Mangel der Schuld, so daß, da die Umstoßung fernerhin unmöglich wird, die Rechtswandlung sofort unwiderruflich ist. Wenn der Schuldner in dem vollen Bewußtsein des Mangels, woran seine Verbindlichkeit leidet, hingeht, um sich derselben zu entledigen, indem er an deren Stelle eine neue setzt, dann ist es klar, daß er damit auf seine Nichtigkeitsklage verzichtet hat; wenn er dagegen die Rechtswandlung verwilligt hat in der Unkenntniß des Nichtigkeitsgrundes, dann kann er auf diese Umstoßung immer klagen, und wenn diese ausgesprochen worden ist, dann erlöscht die Rechtswandlung. Wenn mit der anfechtbaren Schuld statt von dem Schuldner selbst, von einem Dritten novirt worden ist, dann ist es klar, daß der Schuldner die Umstoßung jeder Zeit beantragen kann, aber diese Umstoßung zieht die Nichtigkeit der Rechtswandlung nicht

immer nach sich; wenn es in der Absicht des Dritten lag, sich selbst zu verpflichten für den Fall (vielleicht überhaupt für den Fall), daß die anfechtbare Schuld wirklich umgestoßen werden sollte, dann ist es die in dieser Schuld liegende natürliche Verbindlichkeit, welche der Dritte als solche hat noviren lassen wollen und die Novation behält ihre Wirkung, wie sie solche auch hat, wenn man eine bedingte Verbindlichkeit novirt hat, und zwar gerade als bedingte und nicht bloß für den Fall, daß sie eine vollkommene wird; wenn aber der Dritte den Mangel der Verbindlichkeit nicht kannte, oder wenn er ihn zwar kannte, aber kein Beweis dafür vorliegt, daß er sich selbst für den Fall einer Umstoßung habe verbindlich machen wollen, dann gilt die Rechtswandlung für nicht geschehen.

Eine andere Bemerkung müssen wir noch für den Fall machen, wo die frühere Schuld schon im Augenblick der Rechtswandlung selbst umgestoßen war. Wenn der Schuldner selbst die Rechtswandlung vorgenommen hat, dann ist es offenbar, daß dieser Schuldner sich im Gewissen gebunden fühlte, und daß hier eine vollgültige Novation einer natürlichen Verbindlichkeit vorliegt. Ging diese Rechtswandlung von einem Dritten aus, dann ist die Entscheidung nothwendiger Weise dieselbe, wenn dieser Dritte die ausgesprochene Umstoßung kannte; kannte er sie nicht, dann kommt man wieder zu der Unterscheidung des vorgehenden Absatzes, und die Rechtswandlung ist nichtig oder gültig, je nach dem dieser Dritte für den Fall der Umstoßung sich selbst hat verpflichten wollen oder nicht.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß, so oft es unter den Betheiligten bestritten ist, ob der Schuldner den Mangel seiner Schuld gekannt hat, oder ob der Dritte für den Fall der Umstoßung sich selbst hat verpflichten wollen, der Gläubiger die vom Gegentheile geläugnete Thatsache zu beweisen hat (Art. 1272).

107. — Was den Einfluß der Bedingungen anbelangt, so ergibt sich aus dem, was weiter oben gesagt wurde, daß die Rechtswandlung wie jeder andere Vertrag unbedingt oder bedingt geschlossen werden kann, und daß man sie (sie mag übrigens unbedingt oder bedingt sein, das macht wenig) in der Weise vollziehen kann, daß man entweder von zwei unbedingten Verbindlichkeiten, oder von einer unbedingten oder einer bedingten Verbindlichkeit, oder von zwei bedingten Verbindlichkeiten die eine an die Stelle der anderen setzt. Welcherlei Zusammenstellungen übrigens in dieser Beziehung bestehen mögen, immer muß sich die Uebereinkunft der Vertragspersonen nach den allgemeinen Grundsätzen regeln.

Die größte Schwierigkeit ist hier wie überall die, welche aus der Unterlassung des Willensausdrucks, oder aus der Doppelsinnigkeit der gebrauchten Worte entspringt; diese Schwierigkeit ist, wie überall, nur eine Frage der Absicht, welche durch Prüfung der Umstände zu entscheiden ist. Wenn z. B. die Betheiligten erklärt haben, an die Stelle einer unbedingten Verbindlichkeit eine neue unter der und der Bedingung zu setzen, ohne näher anzugeben, ob sie die Bedingung auf die neue Schuld oder auf den Novationsvertrag selbst beziehen wollten, dann muß man den Willen der Vertragspersonen aus den Umständen entnehmen, und der bezeichnendste dieser Umstände liegt natürlich in der Vergleichung des Werths der Gegenstände der beiden Verbindlichkeiten (Art. 1272).

108. — Obgleich die natürliche Wirkung der Rechtswandlung darin besteht, die Verbindlichkeit und als nothwendige Folge alle Accessorien dieser Verbindlichkeit zu tilgen, so gestattet das Gesetz doch den Betheiligten als eine vergünstigende Ausnahme, auf die neue Verbindlichkeit die Vorzugs- und Unterpfandsrechte zu übertragen, welche die vorhergehende sicher stellten, so daß eine ganz neue Forderung auf diese Art durch ein Unterpfandsrecht sicher gestellt sein kann, das von ganz altem Datum ist und anderen Unterpfändern, die noch älter sind als die Entstehung dieser Forderung, vorgeht. Diese Uebertragung der Pfandrechte der alten auf die neue Schuld kann nur im Augenblick der Rechtswandlung und keinen Augenblick später geschehen, weil diese Unterpfandsrechte, wenn sie nicht zur gleichen Zeit, wo man die Schuld tilgt, aufrecht erhalten und übertragen werden, mit dieser getilgt werden und sobald sie getilgt sind, kann man sie nicht mehr übertragen, sondern nur neue solche bestellen. Zum Vollzug dieser Uebertragung gehört gleichfalls die wenigstens stillschweigende Einwilligung des Eigenthümers der verpfändeten Güter; und das Gesetz hält so streng auf diese Regel, daß, wenn die Rechtswandlung von einem mehrerer Sammtschuldner bewirkt worden ist, die zwischen diesem Schuldner und dem Gläubiger ohne Mitwirkung der Mitschuldner eingegangene Uebereinkunft, die Unterpfänder, die auf den Gütern dieser Mitschuldner ruhen, auf die neue Forderung nicht übertragen kann (Art. 1278—1280).

Offenbar ist es übrigens, daß man niemals und durch keinerlei Vertrag auf die Güter eines neuen Schuldners ein Unterpfandsrecht errichten kann, das seinem Range nach dem gleichsteht, welches auf den Gütern des früheren Schuldners bestand: das Gesetz

gestattet, als Vergünstigung ein altes Unterpfandsrecht für eine neue Schuld in seinem Range aufrecht zu erhalten; nimmermehr aber gestattet es, einem neuen Pfandrechte einen alten Rang zu geben. Weil es sich also nur um die Aufrechterhaltung eines bestehenden Pfandrechts handelt und nicht um die Bestellung eines solchen, darum genügt es an der stillschweigenden Einwilligung des Eigenthümers des Guts; sonst und wenn es sich um die Bestellung, um die Neubildung eines Unterpfands handelte, müßte die Einwilligung dieses Eigenthümers nicht allein eine ausdrückliche, sondern sie müßte auch noch in einer öffentlichen Urkunde enthalten sein (ibid.).

109. — Von selbst versteht es sich, daß die Einwilligung, welche der Eigenthümer zur Aufrechthaltung des früheren Unterpfands zu geben hat, so gut wie die von demselben zur Bestellung eines neuen Unterpfandsrechts zu gebende Einwilligung, der Gegenstand einer der Rechtswandlung beigefügten Bedingung sein kann. Wie man z. B. eine Rechtswandlung unter der Bedingung der Rückkehr eines bestimmten Schiffes abschließen kann, so kann der Gläubiger auch erklären, daß er nur für den Fall in diese Rechtswandlung willige, wenn die und die Person, sei es nun als Sammtschuldner oder als Bürge, in die neue Verbindlichkeit eintritt; oder unter der Bedingung, daß diese Person Unterpfandsrecht auf ihre Güter verwilligt; oder vorausgesetzt, daß der frühere Schuldner in die Aufrechthaltung der Unterpfandsrechte, welche die frühere Schuld sicher stellten, willigt. In diesen verschiedenen Fällen, wie in allen Fällen, die auf eine Bedingung gestellt sind, äußert die Rechtswandlung ihre Wirkung, wenn die vorgesehene Thatsache eintritt; und wenn solche nicht eintritt, dann gilt die Rechtswandlung für nicht eingetreten (Art. 1281).

Wir haben hier zum Schlusse noch eine Bemerkung anzuführen. — Wenn der neue Schuldner, welchen der Gläubiger an der Stelle des früheren annimmt, zahlungsunfähig ist, dann hindert diese Zahlungsunfähigkeit den Bestand seiner Verbindlichkeit nicht und die Rechtswandlung bleibt also vollgültig und bringt alle ihre Wirkungen selbst dann hervor, wenn sie durch Delegation geschehen ist, d. h. wenn der frühere Schuldner den neuen selbst seinem Gläubiger gestellt hat. Wenn aber in diesem Falle der Delegation der neue Schuldner gerade im Augenblick der Rechtswandlung in Gant oder Vermögenszerfall war, dann gestattet das Gesetz dem Gläubiger zwar nicht, seine alte Forderung geltend zu machen,

welche unwiderruflich erloschen ist, aber doch von seinem Schuldner Entschädigung für den erlittenen Nachtheil zu fordern. Natürlich ist dieser Rückgriff auf Schadloshaltung auf den Deleganten auch dann, außer den Fällen einer Gant und eines Vermögenzerfalls zulässig, wenn es von den Betheiligten bedungen worden ist (Art. 1276).

III. Abschnitt.

Von der Erlassung der Schuld.

110. — Obgleich man im weiteren Sinne sagen kann, der Gläubiger erläßt die Schuld, sowie er seinen Schuldner frei und ledig spricht (was auch die Fälle der Zahlung und der Rechtswandlung umfassen würde), so liegt doch eine eigentliche Erlassung nur dann vor, wenn die Erlöschung einzig aus dem Verzichte des Gläubigers auf seine Forderung, aus dessen Entsagung auf sein Recht, und zwar in einer Weise entspringt, daß die unmittelbare, die Erlöschung erzeugende Ursache in dem bloßen Willen dieses Gläubigers[1]) gesehen werden muß.

Die Erlassung einer Schuld kann auf einem Vertrage beruhen oder nicht; denn so gut sie aus einer Rechtshandlung entspringen kann, welche nur durch das Zusammentreffen der Willen von Gläubiger und Schuldner zu Stande kömmt, kann sie auch aus einem letzten Willen oder einer absoluten Entäußerung hervorgehen. Unter absoluter Entäußerung versteht man den Verzicht eines Gläubigers auf sein Recht, den er nicht im speciellen Interesse des Schuldners, sondern einzig in der Absicht leistet, sich seiner Forderung zu entledigen. In dem letzteren Fall tritt die Erlöschung der Schuld ohne den Willen des Schuldners, ja sogar gegen dessen Willen ein.

Die Erlassung geschieht entweder unter belastetem oder unentgeltlichem Rechtstitel, je nach dem der Gläubiger einen Vortheil für seinen Verzicht erhält oder nicht. Sie ist eine belastete, wenn sie durch Vergleich geschieht, oder wenn sie einer vom andern Theil seiner Seits verwilligten Erlassung entspricht (Einl. Bemerk. zu Art. 1282).

---

[1]) Bei der Novation z. B. liegt der unmittelbare Erlöschungsgrund in der Thatsache der Substituirung der Forderungen, und nicht in dem Willen, der nur deren mittelbarer Grund ist. Der Wille der Parteien erzeugt die Rechtswandlung der Schulden, und diese Rechtswandlung ihrer Seits bewirkt die Erlöschung der alten Schuld.

111. — Die Erlassung ist eine ausdrückliche oder eine stillschweigende. Die stillschweigende, namentlich unentgeltliche Erlassung darf nicht leichthin angenommen und nur dann zugelassen werden, wenn sie deutlich aus den Umständen hervorgeht (Art. 1286).

Es gibt übrigens einen Fall, in welchem sie das Gesetz ipso jure annimmt. Er liegt dann vor, wenn der Gläubiger dem Schuldner die Rechtsurkunde, welche die Verbindlichkeit beweist, freiwillig übergibt, und es überdies dargethan ist, daß diese Uebergabe nicht die Folge einer Zahlung ist. Im Falle des Widerspruchs hat der Gläubiger zu beweisen, daß die Rechtsurkunde nicht freiwillig von ihm ausgeliefert wurde, oder daß dies nicht in Folge einer Zahlung geschehen sei; denn der Besitz der Rechtsurkunde bewirkt für den Schuldner, bis zum Beweise des Gegentheils, eher die Vermuthung einer Rückgabe als die eines Verlierens oder einer Entwendung, und diese Rückgabe läßt eher eine Zahlung vermuthen als eine Erlassung. — Diese Vermuthung der Erlassung (und folglich der Tilgung der Schuld und der Befreiung des Schuldners), die kraft Gesetzes aus jeder Uebergabe des Titels entspringt, von welcher der Gläubiger nachweist (oder der Schuldner zugesteht), daß sie nicht die Folge einer Zahlung gewesen, läßt, wenn der Originaltitel überliefert worden ist, keinen Gegenbeweis zu; dann aber ist der Gegenbeweis möglich und der Gläubiger hat das Recht, die Vermuthung der Befreiung zu bestreiten, wenn er nur eine Ausfertigung der öffentlichen Urkunde übergeben hat, von der ihm der Hauptaufsatz bleibt (Art. 1282, 1283).

Endlich zerfällt die Erlassung da, wo mehrere Mitverpflichtete vorhanden sind, in eine reelle und eine persönliche, je nach dem sie die Schuld selbst trifft, so daß sie alsdann alle Schuldner befreit, oder sich nur auf einen der Verpflichteten bezieht und nur diesen frei macht (Art. 1284 und 1287, Nro. IX, s. a. Art. 1198).

112. — Welcher Art die Erlassung auch sein mag, so kommt sie doch nur unter der Voraussetzung der Einhaltung der allgemeinen Erfordernisse, die für den Akt vorgeschrieben sind, wodurch sie hervorgebracht wird, zu Stande.

Wenn z. B. kein absoluter unbedingter Verzicht vorliegt, dann wird die Erlassung nur bewirkt, wenn der Vertrag, durch die Annahme des zu seinen Gunsten geleisteten Verzichts durch den Schuldner, zu Stande kommt. — Wenn der Vertrag, in welchem die Erlassung enthalten ist, einen Vergleich darstellt, dann genügt es nicht an der Einhaltung der Regeln, die für die gewöhnlichen

Verträge gelten, es müssen die beiden Betheiligten auch fähig sein, sich zu vergleichen (Art. 2045). — Ist die Erlassung eine unentgeltliche, dann müssen die Parthieen fähig sein, zu schenken und zu empfangen, und es finden geeigneten Falls die Regeln der Minderung und des Rückbringens ihre Anwendung; die Regeln über die Formen der Schenkungen dagegen greifen hier nicht ein, weil es sich dabei nicht um eine Schenkung im eigentlichen Sinne handelt (Einl. Bemerk. zu Art. 1282, 894, v. Savigny System IV, §. 176).

113. — Die natürliche Wirkung der Erlassung, auf welche Art diese auch geschehen mag, besteht in der Tilgung der Verbindlichkeit und ihrer Accessorien. Wenn diese Wirkung nun auch da keinerlei Schwierigkeiten bietet, und zu keiner besonderen Bemerkung Veranlassung gibt, wo nur ein einzelner Schuldner vorhanden ist, so ist dem doch nicht ebenso, wenn mehrere Mitverpflichtete der Schuld vorhanden sind; und man muß dann mehrere Unterscheidungen machen, um zu erfahren, ob die Erlassnng eine dingliche oder eine persönliche ist, und welche Folgen sie nach sich zieht.

Die ausdrückliche Erlassung, welche einem der Sammtschuldner gewährt wurde, findet, wo keine ausdrückliche Beschränkung vorliegt, auf die ganze Schuld ihre Anwendung und befreit alle Schuldner gänzlich. Wenn sie ausdrücklich auf den Antheil des Mitschuldners beschränkt wird, dann tilgt sie die Schuld für diesen Antheil und befreit die anderen Schuldner um eben so viel; sie befreit sie auch im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Einen von ihnen von dem Antheile, der aus dieser Zahlungsunfähigkeit auf Jenen gefallen wäre (Art. 1214). Es ist übrigens klar, daß der Gläubiger, wenn er sich dahin erklärt, den Mitschuldner nur seiner Sammtverbindlichkeit entlassen kann, wodurch die Verbindlichkeit gegen diesen für seinen Antheil und gegen die anderen für das Ganze aufrecht erhalten wird. — Wenn die einem der Sammtschuldner verwilligte Erlassung nur eine stillschweigende ist, so befreit sie die anderen vollkommen, wenn sie aus der freiwilligen Uebergabe der Rechtsurkunde entspringt. In anderen Fällen muß man aus den Umständen des einzelnen Falles entnehmen, welche Ausdehnung die Betheiligten der Erlassung zu geben beabsichtigten (Art. 1285).

114. — Im Fall die Schuld durch Bürgen sicher gestellt ist, befreit die ausdrückliche oder stillschweigende Erlassung dem Hauptschuldner gegenüber, offenbar auch die Bürgen. Die Erlassung, welche dem einzigen Bürgen oder allen Bürgen als solchen geschieht, macht offenbar den Schuldner nicht frei; sie hebt nur die Bürg-

schaft auf und übt durchaus keinen Einfluß auf die Schuld, wie dies auch mit dem Verzicht auf ein Unterpfandsrecht, ein Einsatzpfand oder jede andere Sicherstellung der Fall ist. Die Erlassung, die einem der Bürgen als solchem geschieht, vermindert um eben so viel die Bürgschaft und befreit die anderen Bürgen sowohl für den Antheil des Ersteren an der Schuld, als auch für den Bruchtheil, den derselbe im Falle des Eintretens der Zahlungsunfähigkeit Eines der Anderen hätte übernehmen müssen. Anders verhält es sich, und die Erlassung des einen Bürgen bleibt für die übrigen wirkungslos, wenn der entlassene Bürge sich der Verpflichtung der Anderen erst durch eine spätere Rechtshandlung angeschlossen hatte, so daß diese nicht auf ihn zählen konnten (Art. 2025—2028, 2033, 2037). — So oft übrigens die Entlassung eines Bürgen nur um einen bestimmten Preis verwilligt wurde, so wird diese Erlassung dadurch schon eine dingliche, oder besser gesagt, es liegt dann kraft Gesetzes eine Zahlung bis zum Belaufe der vom Gläubiger erhaltenen Summe vor. Wenn man sogar erklärt hätte, man wolle nur den Bürgen entlassen und die Summe, die dieser zahle, sei nur der Preis der Gefahren, denen man man ihn entziehe, so muß diese Summe doch auf die Schuld aufgerechnet werden, und befreit um eben so viel alle Verpflichteten (Art. 1287 u. 1288).

115. — Wenn die verschiedenen Verpflichteten, deren Einem die Erlassung geschah, alle in Bezug auf den Gläubiger sammtverbindliche Schuldner, während sie zu gleicher Zeit unter sich Hauptschuldner und Bürgen sind, dann muß man darauf sehen, ob der Verpflichtete in der Eigenschaft als solidarischer Mitschuldner, oder in seiner Eigenschaft als Hauptschuldner oder Bürge entlassen worden ist; denn man sieht nach dem in den zwei vorhergehenden Absätzen Gesagten ein, daß die Wirkung der Erlassung je nach den Fällen häufig verschieden ist.

Es ist dies offenbar eine Thatfrage, eine Frage der Absicht, die in Ermangelung hinreichend bestimmter Erklärung in den Umständen ihre Entscheidung findet. So kann es keinen Zweifel verursachen, wenn die Erlassung für den Antheil des Verpflichteten gerade demjenigen der sammtverbindlichen Mitschuldner gewährt wird, welcher allein der wirkliche Schuldner ist (indem die Anderen in Bezug auf ihn nur Bürgen sind); hier ist es ganz klar, daß die Erlassung ihm nur in seiner Eigenschaft als sammtverbindlichem Mitschuldner geschieht und nur für seinen Kopftheil, denn einzig in dieser Eigenschaft als sammtverbindlicher Mitschuldner

hat er einen Antheil. Im Zweifel muß man übrigens annehmen, daß der Verpflichtete als sammtverbindlicher Mitschuldner entledigt worden sei; das ist darum einleuchtend, weil er dem Gläubiger, der die Erlassung bewilligt, gegenüber diese Eigenschaft hat und nur in Bezug auf seine Mitverpflichteten als Hauptschuldner oder Bürge dasteht (Art. 1285, Nro. IV).

So oft übrigens die Einem der verschiedenen Verpflichteten verwilligte Erlassung sie alle befreit, hat jener entweder einen Rückgriff auf seine Mitverpflichteten, oder er hat keinen, je nach dem die von ihm erlangte Erlassung unter belastetem oder unentgeltlichem Rechtstitel geschah. Wenn der Mitverpflichtete durch irgend welche Opfer seine und seiner Genossen Befreiung erkauft hat, dann ist es klar, daß er deren Geschäfte geführt hat, was sie verpflichtet, ihn zu entschädigen; war aber die Erlassung eine rein unentgeltliche, dann kann von keiner Schadloshaltung die Rede sein, da eine Schadloshaltung nur eine Vergütung erlittenen Verlustes ist. . . . Allerdings kann der Gläubiger einer Verbindlichkeit, wozu Mehrere verpflichtet sind, Einem derselben unentgeltlich den Vortheil der Forderung in der Weise verleihen, daß der so Begünstigte sich von seinen Mitverpflichteten zahlen lassen kann; dazu gehört aber eine Uebertragung und nicht eine Tilgung der Forderung; es liegt darin eine Schenkung, eine Cession der Forderung (welche nothwendiger Weise fortbestehen bleibt, abzüglich des durch Rechtsvermischung erloschenen Theils), und keineswegs ein Fall einer Erlassung (Art. 1286—1287, Nro. VIII).

IV. Abschnitt.

Von der Wettschlagung.

116. — Die Wettschlagung ist die gleichzeitige Erlöschung von Verbindlichkeiten, wovon zwei Personen gegenseitig die Schuldner sind, und die sich eine die andere eben in Folge ihrer Gegenseitigkeit wirkungslos machen. Es ist das eine fingirte Zahlung, welche das Gesetz gut heißt, wo es sie nicht selbst bewerkstelligt, um jeden der Betheiligten aus der Nothwendigkeit zu reißen, mit der einen Hand hinzugeben, was er mit der anderen zu erhalten hat.

Wir sagen, die Wettschlagung werde bald vom Gesetze selbst bewirkt, bald nur von ihm gut geheißen. Man unterscheidet die gesetzliche Wettschlagung, welche kraft Gesetzes, sogar ohne Wissen der beiden Schuldner, durch die bloße Thatsache des Zusammentreffens der vorgeschriebenen Erfordernisse vor sich geht; und die

willkürliche Wettschlagung, welche beim Abmangel eines dieser Erfordernisse, nur auf die Anforderung eines der Betheiligten vor sich geht, in dessen Willkür es somit steht, sie zu bewirken oder nicht zu bewirken.

117. — Zur Wettschlagung kraft Gesetzes gehören folgende vier Erfordernisse:

1) Die Betheiligten müssen sich gegenseitig wirkliche Schuldner sein. — Eine Wettschlagung tritt z. B. nicht ein zwischen dem, was ich dir schuldig bin und was du der Erbschaft schuldest, welche ich nur vorsichtsweise angetreten habe; denn da meine vorsichtsweise Antretung das Erbvermögen von dem meinigen getrennt hält, so hast du die Erbschaft und nicht mich zum Gläubiger. — Ebenso findet eine Wettschlagung zwischen dem nicht statt, was du dem Peter schuldest und was Peter demjenigen schuldet, der sich ihm gegenüber für dich verbürgt hat; denn der Bürge ist nicht ab initio eigentlicher Schuldner, er wird es erst und wird erst zahlungspflichtig, wenn der Gläubiger ihn belangt, nachdem er vorher den Hauptschuldner auf seine Güter ausgeklagt und dessen Zahlungsunfähigkeit dargethan hat. In diesem Falle wird der Bürge directer Schuldner, mithin tritt die Wettschlagung ein, vorausgesetzt natürlich, daß die übrigen Erfordernisse vorhanden sind.[1]) — Daraus, daß bei einer Sammtschuld, wobei das Ganze zwar nicht von jedem einzelnen der Mitschuldner, sondern von demjenigen von ihnen geschuldet wird, an welchen der Gläubiger sich zu wenden beliebt, folgt, daß dieses Ganze, das der Gläubiger zu fordern hat, mit dem wettgeschlagen wird, was der Gläubiger dem Mitschuldner schuldet, den er belangt, nicht aber auch mit dem, was er etwa dem Mitschuldner, von dem er die Zahlung nicht verlangt, schuldig ist. Wir sprechen übrigens nur von der Wettschlagung des Gesammtbetrags der Schuld; denn da ein jeder Mitschuldner, bevor er durch die vom Gläubiger gegen ihn gerichtete Klage Schuldner dieses Ganzen wird, schon ab initio Schuldner seines Antheils an der Schuld ist, so tritt die Wettschlagung bezüglich dessen, was

---

[1]) Sowie die Wettschlagung auf diese Weise zwischen dem Gläubiger und Bürgen, der directer Schuldner geworden, vor sich gegangen ist, ist es klar, daß diese Wettschlagung dem Gläubiger gegenüber den Hauptschuldner selbst frei macht, weil sie die Schuld wirkungslos macht. Ebenso einleuchtend ist es, daß die Wettschlagung, welche unmittelbar zwischen Gläubiger und Hauptschuldner eingetreten ist, auch den Bürgen frei macht, weil, wenn die Schuld fällt, deren Accessorium nicht ferner bestehen kann.

der Gläubiger ihm schuldet mit diesem Antheile vor jeder Klage dieses Gläubigers ein, und derselbe kann sofort die Andern nur nach Abzug des Antheils dieses Mitschuldners belangen. — Wenn die verschiedenen Mitverpflichteten zugleich Hauptschuldner und Bürgen in ihren Beziehungen zu einander, aber sammtverbindliche Mitschuldner in Bezug auf den Gläubiger waren, dann ist es klar, daß sie den Regeln, welche eben für den Fall einer Sammtschuld angegeben wurden, bezüglich der Wettschlagung unterliegen, aber nicht denen, welche im Falle einer Bürgschaft gelten, denn nur zwischen dem Verpflichteten seinem Gläubiger, und nicht zwischen dem Verpflichteten seinem Mitverpflichteten gegenüber, tritt die Wettschlagung ein (Art. 1289 bis 1290 und 1294).

2) Das zweite Erforderniß der gesetzlichen Wettschlagung besteht darin, daß die Gegenstände der beiden Schulden sich genau vertreten müssen, und zwar in der Art, daß jeder der beiden Schuldner die Zahlung der Sache, welche er schuldet, durch Lieferung (welche er unmittelbar, nachdem er selbst erhalten, hätte machen können) der Sache, welche ihm geschuldet wird, hätte vollziehen können. — Die Wettschlagung tritt z. B. nicht ein, wenn ich dir einen Morgen Acker in einem bestimmten Bezirke schulde, während ich von dir einen solchen in einer bestimmten Gemeinde dieses Bezirks zu fordern habe, denn wenn ich dich auch zahlen kann, indem ich dir das liefere, was du mir geben würdest, so kannst du mich doch nicht ebenso mit dem zahlen, was ich dir geben kann: ich kann dich mit einem Morgen zahlen, der aus einer andern Gemarkung genommen wird als derjenigen, aus welcher du den nehmen mußt, welchen du mir schuldest. Die beiden Gegenstände der Schuld sind also nicht gegenseitig fungibel. — Eben so wenig tritt eine Wettschlagung ein, wenn die eine Schuldigkeit eine alternative ist, weil man bei einer solchen Verbindlichkeit nicht weiß, welches die geschuldete Sache ist: erst wenn die Wahl getroffen, und die Verbindlichkeit somit eine einfache geworden ist, wird die Wettschlagung möglich. War die Schuldigkeit nur eine facultative, so scheint es, da die Schuld trotz der dem Schuldner gelassenen Befugniß nur einen einzigen Gegenstand hat, daß die Wettschlagung eintreten muß, wenn dieser Schuldner den Zahlungstag verstreichen läßt, ohne von seiner Befugniß eine andere Sache, als den Gegenstand der Verbindlichkeit zu liefern, Gebrauch zu machen oder zu erklären, daß er Gebrauch machen wolle (Art. 1291—1292).

Die Regel, daß die Wettschlagung bei Sachen stattfindet, die sich vertreten, läßt sich natürlich auf Geldschulden anwenden, weil es Nichts gibt, was vertretbarer wäre als Geld.[1] Das Gesetz stellt hier den Geldschulden die von Lebensmitteln, deren Preis durch Marktpreise festgesetzt ist, gleich; so daß alle so gewertheten Lebensmittel, da sie hier für Geld geachtet werden, mit Geld oder anderen gleichfalls gewertheten Lebensmitteln wettgeschlagen werden. Die Regel findet namentlich Anwendung im Falle des Früchteersatzes, welchen ein ausgetriebener Besitzer zu leisten hat: dieser Besitzer, der nach einer besonderen Bestimmung des Code de procédure die Früchte des letzten Jahres selbst und nur den Preis derer von den früheren Jahren schuldet, sieht sich in der Lage, wettzuschlagen, wenn er dem wahren Eigenthümer gegenüber Gläubiger einer hinreichenden Summe ist, und zwar nicht allein die Geldschuld von den früheren Jahren, sondern auch seine Früchteschuld vom letzten Jahre, sofern diese Früchte nach dem Marktpreise gewerthet sind. Der einzige Fall, wo die Schuld von Lebensmitteln mit festen Marktpreisen mit einer Schuld an Geld oder anderen Lebensmitteln nicht wettgeschlagen werden kann, ist derjenige, wo beide Schulden aus dem nämlichen Vertrage (einem Kaufe oder Tausche) entspringen, welcher gerade den Zweck hatte, jedem Theile den Gegenstand zu verschaffen, welchen er zum Ersatze desjenigen zu fordern hat, welchen er schuldet; das ist klar, weil eine Wettschlagung hier nichts Anderes wäre, als die Aufhebung der ausdrücklichen Uebereinkunft der Betheiligten (ibid.).

3) Drittens ist erforderlich, daß beide Schulden liquid sind, d. h. daß sie eine gewisse Existenz und eine bestimmte Menge haben: cum certum sit an et quantum debeatur. — Demnach findet eine Wettschlagung nicht statt, wenn eine der Schulden bestritten ist (vorausgesetzt, daß diese Bestreitung ernstlich gemeint ist), oder wenn ihre Existenz von einer Bedingung, oder ihre Zahlbestimmung von einer Schätzung oder von einer zu stellenden Rechnung abhängt (ibid.).

4) Endlich ist erforderlich, daß jede der beiden Schulden wirklich verfallen ist, d. h. daß der Gläubiger den Schuldner unmittel-

---

[1] Ausgenommen übrigens den ziemlich seltenen Fall, wo die Geldstücke nicht als Tauschwerth geschuldet werden, die durch beliebige Stücke bezahlt werden können, sondern als bestimmte Stücke, welche in ipso individuo geliefert werden müssen.

bar und wirksam zur Zahlung anhalten kann. — So gibt es keine Wettschlagung bei einer vertagten Forderung,[1]) weil sie nicht wirklich zahlbar ist; noch bei dem Kapitale einer Rente, weil der Schuldner nicht zur Heimzahlung gezwungen werden kann; noch bei einer anfechtbaren oder verjährten Schuld, obgleich der Schuldner die Verjährung noch nicht vorgeschützt oder die Umstoßung hat aussprechen lassen, weil die Schuld einer peremtorischen Einrede unterliegt, welche nicht gestattet, den Schuldner zur Zahlung zu zwingen, wenn er nicht will; noch bei einer Schuld, deren Gegenstand in den Händen des Schuldners von einem Beschlage getroffen worden ist, weil dieser Beschlag ein gesetzliches Zahlungshinderniß bildet. — Die Fälligkeit, die bei einer ursprünglich vertagten Schuld aus dem Vermögenszerfall des Schuldners, oder aus der von ihm verursachten Minderung der Sicherheiten der Forderung entspringt, macht die Schuld von dem Augenblick an wettschlagungsfähig, wo der Verlust der Frist ausgesprochen wird. Die Fälligkeit, die aus der Gantmäßigkeit entspringt, ist von einer besonderen Beschaffenheit und gestattet keine Wettschlagung: das Handelsgesetz erklärt dies ausdrücklich (ibid.).

118. — Ein weiteres Erforderniß als die vier angegebenen setzt die gesetzliche Wettschlagung nicht voraus. Demnach ist die Verschiedenheit in den Ursachen der beiden Schulden ohne Einfluß. So verhält es sich auch mit der Ungleichheit des Betrags dieser Schulden, wovon die schwächere ganz und die stärkere bis zum Belaufe der ersteren erlöscht. Wenig Einfluß übt es auch, wenn die beiden Schulden an verschiedenen Orten zahlbar sind, vorbehaltlich der Pflicht des Theils, welcher (im Falle wirklicher Zahlung) die bedeutendsten Verbringungskosten hätte zu tragen gehabt, dem anderen über den Unterschied, der zu deren Gunsten nach dem Wechselcourse besteht, Rechnung abzulegen (Art. 1290, 1293 u. 1296).

Jedoch gibt es vier Ausnahmen von der Regel, daß die Wettschlagung kraft Gesetzes mit dem Zusammentreffen der oben erwähnten Erfordernisse vor sich geht.

---

[1]) Es handelt sich jedoch nicht um die bloße Gnadenfrist, welche dem Schuldner von den Behörden, ohne daß er einen Anspruch darauf hat, und auf den Grund der Unmöglichkeit, in der er sich befindet, unmittelbar zu zahlen, verliehen wird, und welche nothwendiger Weise dann werthlos wird und nicht geltend gemacht werden kann, wenn der Schuldner sich frei machen kann, ohne eine wirkliche Zahlung, ohne etwas auszugeben.

Die gesetzliche Wettschlagung tritt nicht ein:

1. Wenn eine der Verbindlichkeiten die Zurückgabe einer Sache zum Gegenstand hat, deren Besitz der Eigenthümer ungesetzlicher Weise verloren hat: die wirkliche Zurückgabe muß alsdann geschehen, trotz des Vorhandenseins der Erfordernisse, um damit eine Wettschlagung zu bewirken. — 2. Bei der Zurückgabe einer Sache, welche mit der Befugniß für den Aufbewahrer hinterlegt wurde, statt ihrer eine andere ähnliche zurückzugeben.[1] — 3. Bei Schulden von Sachen, welche dem Zugriff nicht unterworfen sind. — 4. Bei Schulden, auf deren Wettschlagung die Betheiligten von vornherein verzichtet hatten. Der Verzicht auf jede künftige Wettschlagung ist in der That zulässig, weil die gesetzliche Wettschlagung nur aus Gründen des reinen Privatinteresse eingeführt worden ist (Art. 1293).

119. — Wenn man auf eine künftige Wettschlagung verzichten kann, so kann man dies noch viel mehr auf eine bereits vollzogene Wettschlagung; und in zwei Fällen kann der Verzicht ein stillschweigender sein. Das Gesetz sieht einen Verzicht auf den erworbenen Vortheil der Wettschlagung nicht allein in der Zahlung seiner aus diesem Grunde erloschenen Schuld durch den Schuldner, sondern auch in dessen unbedingter Annahme einer Rechtsübertragung, welche der Gläubiger mit dieser Schuld vornimmt. Wenn der Schuldner aber so verzichtet hat, so erhält er darum doch nicht die entsprechende Forderung, welche er ursprünglich hatte, weil diese Forderung kraft Gesetzes durch die Wettschlagung erloschen ist; er erwirbt nur eine gleiche, aber neue Forderung, für die er somit die Vorzugs-, Unterpfandsrechte oder Bürgschaften, welche die alte sicher stellten, nicht geltend machen kann. Jedoch läßt das Gesetz diese Sicherstellungen vergünstigungsweise zum Vortheile der neuen Forderung wieder aufleben, wenn der Schuldner, in einer

---

[1] Klar ist es, daß bei der regelmäßigen und gewöhnlichen Hinterlegung einer Sache, die im Stücke zurückzugeben ist, die Ausnahme nicht eintreten kann, weil solche in der Regel nicht inbegriffen ist. In diesem Falle einer regelmäßigen Hinterlegung ist der Gegenstand, er mag sein welcher er will (sogar wenn er in Geld bestehen sollte), als ein bestimmtes Stück hinterlegt, und deßhalb zur Wettschlagung nicht geeignet, da die Wettschlagung nur bei vertretbaren Sachen eintritt. — Aus dem gleichen Grunde ist eine gesetzliche Wettschlagung bei der Leihe nicht möglich, weil solche immer nur ein bestimmtes Stück zum Gegenstande haben kann.

entschuldbaren Unwissenheit über seine Forderung, die Zahlung geleistet oder die Cession angenommen hat. — Aus dem gleichen Grundsatze, daß die zwei Schulden kraft Gesetzes durch die Wettschlagung erloschen sind, folgt ferner, daß im Falle der vom Schuldner unbedingt angenommenen Rechtsübertragung der Rechtsnehmer nicht die ursprüngliche Forderung erwirbt, sondern eine neue Forderung, welche daraus entspringt, daß man sich ihm gegenüber durch die vorbehaltlose Annahme zum Schuldner gemacht hat, und für welche er nie die Sicherheiten der alten geltend machen kann. — Wenn dagegen statt einer unbedingten Annahme der Rechtsübertragung nur eine Kundmachung an den Schuldner oder Seitens desselben eine Annahme mit ausdrücklichem Vorbehalte geschah, dann ist es klar, daß der Vortheil der Wettschlagung ungeschmälert fortbesteht und der Rechtsnehmer keinerlei Rechte gegen den cedirten Schuldner erwirbt.

Zum Schlusse haben wir über diese gesetzliche Wettschlagung eine Bemerkung zu machen, welche darin besteht, daß bei der fingirten Zahlung, welche jene herbeiführt, indem sie stillschweigend unter den Betheiligten, und sogar ohne deren Willen vor sich geht, folgeweise wenn ein Theil mehrere wettschlagungsfähige Schulden dem anderen gegenüber hat, die Regeln Anwendung finden müssen, nach denen die Aufrechnung der Zahlung geschieht, wenn weder der Schuldner noch der Gläubiger sich darüber ausgesprochen haben (Art. 1295, 1297, 1256 und 1299).

120. — Die willkürliche Wettschlagung erzeugt nothwendiger Weise die gleiche Wirkung wie die gesetzliche, d. h. sie tilgt die beiden Forderungen in Haupt- und Nebensachen: der einzige Unterschied besteht darin, daß sie nur mit dem Willen und auf die Anforderung desjenigen der Schuldner eintritt, in dessen Gewalt es gelegt ist, das Erforderniß zu verwirklichen, welches zur Wettschlagung mangelte. Wenn du mir z. B. ein gewisses Stück von einer bestimmten Art schuldest, während ich dir ein unbestimmtes Stück der gleichen Art schulde (ein Fall, wo die gesetzliche Wettschlagung nicht eintritt, weil die beiden Gegenstände nicht vertretbar sind), dann habe ich die Wahl, dir meine Schuld wirklich heimzuzahlen, oder dir die Wettschlagung entgegen zu halten, indem ich dir sage, daß ich dich mit dem Gegenstande zahlen wolle, welchen du mir schuldig bist (Zus. zu Art. 1299).

V. Abschnitt.

Von der Rechtsvermischung.

121. — Eine Rechtsvermischung (confusio), solche als einen Erlöschungsgrund von Verbindlichkeiten betrachtet, ist vorhanden, wenn in der nämlichen Person zwei unvereinbare Eigenschaften zusammentreffen, wovon die eine die andere zerstört und die Aufrechthaltung dieser Verbindlichkeit unmöglich macht.

Wir sagen nicht, wie man es gewöhnlich thut: das Zusammentreffen der zwei Eigenschaften eines Gläubigers und Schuldners: denn wenn dies auch am häufigsten vorkommt, so ist es doch nicht immer so, und die Begriffsbestimmung ist somit zu eng. Wenn es einer Seits offenbar ist, daß das Zusammentreffen der Eigenschaften eines Gläubigers und Bürgen die Nebenverbindlichkeit der Bürgschaft aufhebt (wie das Zusammentreffen der Eigenschaften eines Gläubigers und Schuldners die Hauptverbindlichkeit aufhebt), so ist es auf der anderen Seite ebenso einleuchtend, daß diese Verbindlichkeit eines Bürgen in gleicher Weise aufgehoben wird durch das Zusammentreffen der Eigenschaften eines Bürgen und eines Hauptschuldners; denn wenn es ebenso unmöglich ist, für seine eigene Forderung Bürge, als sein eigener Schuldner zu sein, so ist es gleichfalls unmöglich, der Bürge für seine eigene Schuld zu sein.

Die Rechtsvermischung tritt ein, wenn eine der beiden Personen, welche unvereinbare Eigenschaften haben, die andere beerbt, oder wenn ein Dritter sie beide beerbt (Art. 1300 und 1301, Nro. III.).

122. — Die Bestimmung der Wirkungen der Rechtsvermischung in den verschiedenen besonderen Fällen kann keine Schwierigkeiten bieten, weil diese Wirkungen einfach aus der Natur der Dinge selbst fließen, und man deßhalb nur die Rechte als durch Rechtsvermischung erloschen annehmen kann, deren Aufrechterhaltung wirklich unmöglich ist. Wenn z. B. die Eigenschaft eines Schuldners von einem Viertheile der Schuld sich mit der Eigenschaft eines Schuldners von einem anderen Viertheile vereinigt, dann liegt offenbar keine Rechtsvermischung vor; denn die beiden Eigenschaften haben nichts Unvereinbares, und es liegt nichts Unmögliches darin, daß die gleiche Person, die zwei Viertheile allein schuldet, welche die zwei Personen, die sie vertritt, schuldeten. — Gleich offenbar ist es, daß, wenn die Person, in welcher die zwei unvereinbaren Eigen-

schaften zusammentreffen, die eine oder jede dieser Eigenschaften nur für einen Bruchtheil dieser Schuld hat, die Rechtsvermischung auch nur für diesen Bruchtheil eintritt. Wenn also ein Gläubiger den Schuldner nur zur Hälfte beerbt, dann ist es klar, daß die Forderung und die Schuld nur bis zu dieser Hälfte erlöschen kann, und der Gläubiger behält seine Klage wegen der zweiten Hälfte gegen den anderen Vertreter des Schuldners (Art. 1301, — II.).

Die Rechtsvermischung kann rückgängig gemacht werden durch Aufhebung der Ursache, welche sie erzeugt hatte (z. B. wenn ein Erbe seinen Erbantritt wegen Betrugs oder Zwangs für nichtig erklären läßt), oder auch durch eine einfache Uebereinkunft (z. B. durch den Verkauf der Erbrechte durch diesen Erben). Im ersten Fall gilt die Rechtsvermischung unbedingt für nicht eingetreten, und alle erloschenen Rechte, ohne Ausnahme, werden so angesehen, als hätten sie immer bestanden. Im zweiten Fall verwischt sie sich nur bezüglich der Vertragspersonen; denn der einfache Wille dieser Betheiligten kann nicht zum Nachtheile Dritter die Rechte aus Bürgschaft, Unterpfand oder andere, die zu Gunsten dieser Dritten erloschen sind, wieder aufleben machen (Art. 1301, Nro. IV.).

VI. Abschnitt.

Von dem Eintritte eines Ereignisses, das den Vollzug unmöglich macht.

123. — Da Niemand zu etwas Unmöglichem verbunden sein kann, so muß jede Verbindlichkeit erlöschen, wenn die absolute Unmöglichkeit vorliegt, sie zu vollziehen. Dies tritt sogar in dem Fall ein, wo diese Unmöglichkeit aus dem Verschulden oder der That des Schuldners entspringt; jedoch erlöscht alsdann, wie auch in dem Falle, wo der Schuldner die Zufälle übernommen hat, die Verbindlichkeit nur, um einer Entschädigungsschuld Platz zu machen. Kann diese Unmöglichkeit dem Schuldner in keiner Beziehung zugerechnet werden, dann wird dieser dem Gläubiger gegenüber vollständig frei (Art. 1234[6] und 1302).

124. — Diese Regeln, die der Natur der Sache nach jede Art von Verbindlichkeiten beherrschen, sind vom Gesetze speciell auf die Verbindlichkeit, ein gewisses Stück, d. h. einen individuell bestimmten Gegenstand zu übergeben, angewendet worden.

Wenn das bestimmte Stück zerstört, verloren oder sonst außer Verkehr gesetzt wird, dann erlöscht die Verbindlichkeit, die Entschädigung vorbehalten, wenn dieses Resultat durch das Verschulden oder die That des Schuldners herbeigeführt worden ist, und ohne Ent-

schädigung im entgegengesetzten Falle. Der Schuldner hat übrigens das Eintreten der höheren Gewalt, welche den Gegenstand außer Verkehr gesetzt hat, nachzuweisen; der Gläubiger aber hat seine etwaige Behauptung, daß dieses Ereigniß aus dem Verschulden oder der That des Schuldners herrühre, darzuthun. Obgleich die Verzugsetzung des Schuldners denselben als schuldhaft hinstellt, so haftet der säumige Schuldner, da das Verschulden die Entschädigungspflicht nur in so fern nach sich zieht, als es den Schaden verursacht, doch nicht dafür, wenn er beweist, daß die Sache, welche bei ihm zu Grunde gegangen ist, ebenfalls bei dem Gläubiger zu Grunde gegangen wäre, wenn er sie ihm auch zur vorgeschriebenen Zeit übergeben haben würde (Art. 1302).

Wir haben übrigens zwei Fälle, in denen der Schuldner zur Entschädigung gehalten ist und für den Werth des Gegenstandes haftet, obgleich der Verlust dieses Gegenstandes von einem Zufall herrührt, der ihm in keiner Weise zugerechnet werden kann. Zunächst tritt dies, wie wir oben gesagt haben, ein, wenn der Schuldner durch eine besondere Uebereinkunft die Zufälle übernommen hat; und zweitens, wenn es sich um die Verbindlichkeit eines Diebs handelt, die von ihm gestohlene Sache zurückzugeben. Dieser Dieb haftet demnach nicht allein für Schadloshaltung aus den gewöhnlichen Zufällen, und zwar aus dem Grunde, weil sein Besitz selbst ein Verschulden ist und er sich in jedem Augenblicke im Verzuge der Rückgabe befindet, sondern er haftet auch dafür, wenn es sich um einen Zufall handelt, der die Sache bei dem Eigenthümer selbst auch zu Grunde gerichtet hätte. Es liegt darin keine Unbilligkeit, wenn dieser Dieb, welcher, um sich auf Kosten des Eigenthümers zu bereichern, diesen die Gefahr laufen läßt, seine Sache nie wieder zu erhalten, selbst Gefahr läuft, deren Werth zu verlieren, um diesen Eigenthümer zu bereichern; und der Dieb kann sich gewiß nicht beklagen, durch sein Verbrechen auf die gleiche Linie mit dem Schuldner gesetzt zu werden, welcher durch ein besonderes Geding die Zufälle übernommen hat (ibid.).

125. — Das eben Gesagte findet begreiflicher Weise auch auf den Fall seine Anwendung, wo eine individuell nicht bestimmte Sache in Frage steht, die aber in einer bestimmten Zahl oder Menge von Sachen, die alle zu Grunde gehen oder verderben, begriffen ist; z. B. wenn du mir einen deiner vier Schimmel schuldest und sie alle vier umstehen, oder einen Morgen Acker von dem und dem Felde, welches dir vom Staate zur Anlage einer Straße

genommen wird. — Zwischen diesem Falle und dem einer in ipso individuo bestimmten Sache gibt es nur den Unterschied, daß dem Gläubiger der letzteren, da er vor aller Uebergabe deren Eigenthum nach dem neuen Prinzip des Gesetzbuchs erworben hat, die Klagen auf Entschädigung, sowie andere, welche der Verlust der Sache hervorbringen mochte, zustehen, während im vorliegenden Falle, wo der Schuldner bis zu Ende Eigenthümer geblieben ist, diesem die Klagen zustehen und der Gläubiger sie erst nach deren Uebertragung auf ihn geltend machen kann. Der Schuldner ist übrigens verpflichtet, diese Cession vorzunehmen, von der, seit Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches, da keine Rede mehr sein kann, wo bestimmte Stücke in Frage stehen. [1])

In allen anderen Fällen, wo es sich um unbestimmte Sachen, d. h. um solche handelt, die nur der Gattung nach, welcher sie angehören, bestimmt sind, ist natürlich eine Erlöschung der Verbindlichkeit wegen Untergangs der Sache nicht möglich: genera non pereunt (Art. 1302, 1303).

VII. Abschnitt.

Von der Vernichtung oder Umstoßung der Verbindlichkeiten.

126. — Der siebente und letzte Erlöschungsgrund, welchen wir hier zu prüfen haben (indem die drei übrigen anderweitig erläutert werden, wie wir im Eingange dieses vierten Kapitels gesehen haben), ist die Vernichtung der Verbindlichkeit. Wir sagen: Vernichtung und nicht Nichtigkeit; denn dieser letztere Ausdruck, dessen sich wirklich auch das Gesetz bedient, hat zwei sehr verschiedene Bedeutungen, die man ja nicht mit einander verwechseln darf, wovon die eine, und gerade die richtigere, nicht Gegenstand dieses Abschnittes sein kann.

Von einer Nichtigkeit im eigentlichen Sinne redet man, wenn eine vermeintliche Verbindlichkeit vorliegt, deren gesetzliche Existenz eine bloß scheinbare ist, und die nichts Reelles hat; es ist dies der Fall, wo eine Verbindlichkeit vorliegt, welche, obgleich man glaubt oder behauptet, sie habe Bestand, solchen doch nicht hat, weil irgend ein Umstand (z. B. die Ermangelung der Einwilligung des

---

[1]) Die Redactoren haben den Art. 1303 aus Unachtsamkeit geschrieben. Zu Pothier's Zeiten war diese Regel richtig; seit dem neuen Grundsatze des Art. 1138 hat sie keinen Sinn mehr.

einen Theils, oder das Fehlen einer erlaubten Ursache, oder eines solchen Gegenstandes) deren Zustandekommen selbst in den Weg getreten ist. Die Nichtigkeit im uneigentlichen Sinne dagegen, oder die bloße Vernichtbarkeit ist dann vorhanden, wenn eine Verbindlichkeit (obgleich auf eine regelwidrige Weise) zu Stande gekommen ist, die in gesetzlicher Hinsicht eine (zwar mangelhafte) Existenz hat und so lange fortbesteht und ihre Wirkungen erzeugt, als nicht auf den Antrag des interessirten Theils ein Richterspruch ergangen ist, welcher sie umstößt, aufhebt, vernichtet.

Da es sich hier nur um einen Grund der Erlöschung von Verbindlichkeiten handelt, so kann die wahre Nichtigkeit offenbar nicht in Frage kommen, weil man eine Verbindlichkeit, die gar nicht besteht, auch nicht erlöschen sehen kann; man kann zwar darthun und es aussprechen, daß das Nichts Nichts ist, aber man kann das Nichts nicht vernichten. Es handelt sich hier also nur um fehlerhafte, aber bestehende Verbindlichkeiten (Einl. Bem. zu Art. 1304, 1110 ff.).

127. — Wir wissen schon aus den in dem ersten Kapitel dieser Abhandlung gegebenen Erläuterungen, daß die Hauptgründe der Vernichtung der Verbindlichkeiten sind: — 1. die durch den Betrug des einen Theils, durch Irrthum oder Zwang fehlerhafte Einwilligung des anderen Theils; — 2. die Unfähigkeit des Entmündigten, welcher für sich selbst gehandelt hat, oder der Ehefrau, welche ohne die erforderliche Ermächtigung den Vertrag einging; — 3. endlich die Verkürzung bei dem nicht emancipirten Minderjährigen, bezüglich jeder Handlung, die er für sich allein eingegangen hat, statt sie durch seinen Vertreter vornehmen zu lassen; bei dem emancipirten Minderjährigen, wegen der Handlungen, bei denen die Mitwirkung des Pflegers erforderlich war, aber nicht stattgefunden hat; dann bei einem Volljährigen, wenn er bei einer Theilung um mehr als ein Viertheil, und beim Verkaufe einer Liegenschaft um mehr als sieben Zwölftheile verkürzt worden ist: (Art. 215 ff., 499 ff., 513, 1009 ff. u. s. w.).

Demnach ist die Minderjährigkeit, wie schon gesagt, nicht ein Fall der Unfähigkeit, obgleich man ihr gewöhnlich diese unrichtige Eigenschaft beilegt; sie ist nur ein Umstoßungsgrund wegen Verkürzung: zum Unterschiede von den Entmündigten und der Ehefrau, ist der Minderjährige durchaus nicht unfähig, Verträge zu schließen, er kann sie nur dann umstoßen lassen, wenn er einen Schaden beweist; und obgleich unser Minderjähriger nicht mehr das

ist, was der minor der Römer[1]) war, so bleibt doch der Satz wahr: non tanquam minor, sed tanquam laesus, restituitur (Art. 1305).

Dieses Recht, wegen erwiesener Verkürzung die Vernichtung zu erwirken (vorausgesetzt übrigens, daß diese Verkürzung aus der Rechtshandlung selbst entspringt und nicht von einem späteren Ereignisse herrührt), hat der Minderjährige selbst alsdann, wenn er sich für volljährig ausgegeben hatte, weil der Vertragschließende nicht entschuldigt werden kann, wenn er sich hierbei auf eine einfache Erklärung verlassen hat (Art. 1306, 1307).

128. — Anders verhält es sich aber, wenn der Minderjährige den anderen Theil über sein Alter mittelst betrügerischer Kunstgriffe betrogen hatte (ibid.); denn gegen seine Verbindlichkeiten aus seinen Vergehen und Versehen kann er nicht wieder hergestellt werden (Art. 1310).

Wir fügen noch an, daß er so wenig wie ein Volljähriger wieder hergestellt werden kann: — 1. bei regelrecht durch seinen gesetzlichen Vertreter vollzogenen Rechtshandlungen, so wichtig diese auch sein mögen; — 2. bei denjenigen, welche er in Bezug auf sein Handelsgeschäft, zu dessen Betrieb er vorschriftsmäßig ermächtigt war, eingegangen hat; und — 3. bei solchen Uebereinkünften, welche er in seinem Ehevertrage unter Beistand derjenigen, an deren Einwilligung er bezüglich seiner Verehelichung gebunden ist, unterzeichnet hat. In diesen drei Fällen wird die Minderjährigkeit nicht berücksichtigt und die Rechtshandlung als von einem Volljährigen abgeschlossen angesehen (Art. 1308, 1309, 1314).

Damit übrigens die Vernichtung in den, unter der vorhergehenden Nummer bezeichneten Fällen ausgesprochen werden kann, ist erforderlich: — 1. daß von derjenigen Vertragsperson darauf angetragen wird, deren Einwilligung mangelhaft war, oder die unfähig war, oder verkürzt worden ist (der andere Theil kann dies nie); — 2. sie muß vor irgend welcher Genehmigung und vor Ablauf der vom Gesetze gegebenen Frist beantragt werden (Art. 1125, 1304, 1338).

129. — Von der Genehmigung. — Eine Verbindlichkeit genehmigen oder bestätigen heißt den Mangel tilgen, mit dem sie

---

[1]) Wir wissen, daß man in Rom minor erst wurde, wenn man aufhörte pupillus zu sein; während bei uns der Mündel ein Minderjähriger ist.

behaftet war, indem man darauf verzichtet, sich auf den Vernichtungsgrund, den man gegen sie geltend machen könnte, zu berufen. Jede Genehmigung ist also unmöglich bei einer Verbindlichkeit, die im eigentlichen Sinne nichtig ist; allerdings kann man eine neue und wirksame Verbindlichkeit eingehen, um sie an die Stelle derjenigen zu setzen, die nur eine scheinbare Existenz hatte, aber dieser selbst kann man keine Rechtsgültigkeit verschaffen; denn das Nichts kann eben so wenig bestätigt werden, als es zerstört werden kann: quod nullum est confirmari nequit. Diese Wahrheit, die von mehreren Commentatoren mißkannt wurde (und welche namentlich auf Verbindlichkeiten, die eine unerlaubte Ursache haben, Anwendung findet), wurde von den Autoren des Gesetzbuches deutlich ausgesprochen und vom Gerichtsgebrauche bestätigt (Art. 1304, 1338).

Die Genehmigung ist eine ausdrückliche oder eine stillschweigende, je nachdem sie sich aus einer bestimmten Erklärung des Schuldners, oder aus einem Umstande ergibt, welcher, ohne eine Erklärung in dieser Beziehung, den Willen dieses Schuldners, seine Verpflichtung gültig zu machen, kund gibt: der bezeichnendste Umstand ist offenbar der Vollzug der Verbindlichkeit, sofern es mit Kenntniß des Mangels dieser Verbindlichkeit und in der Absicht, solchen zu heben, geschah. Ferner ist jedoch noch erforderlich, daß die Bestätigung, sie sei eine ausdrückliche oder eine stillschweigende, in einem Zeitpunkte und unter Umständen vor sich geht, unter welchen der Schuldner eine vollgültige Verbindlichkeit hätte eingehen können, da sonst diese Bestätigung selbst keine Rechtsbeständigkeit hätte. Da übrigens in der Bestätigung nur von Seiten des einen Theils eine Ergänzung des Willens liegt, und dieser ergänzte Wille sich mit dem gesetzlich hinreichenden Willen des anderen Theils einigt, so braucht dieser dabei nicht mitzuwirken; es ist das eine Rechtshandlung, die nichts Vertragsartiges hat, und welche der Schuldner, der seine Verbindlichkeit anfechten konnte, allein vollziehen kann (Art. 1338).

130. — Die Genehmigung geht in ihren Wirkungen natürlich bis zu dem Augenblick zurück, wo die erst später genehmigte Verbindlichkeit zu Stande gekommen ist: das ist einleuchtend, weil die vernichtbare Verbindlichkeit schon ihre Wirksamkeit hatte und sie nur in Folge des Mangels, welchen die Genehmigung hebt, verlieren konnte. Das Gesetz tritt aber dieser Rückwirkung in so weit ausdrücklich entgegen, als sie dinglichen Rechten schaden könnte, welche Dritte in der Zwischenzeit von der Entstehung der Ver-

bindlichkeit bis zu deren Genehmigung etwa erworben haben (Art. 1338).

Was den Beweis der Genehmigung anbelangt, so untersteht derselbe den allgemeinen Regeln, die im folgenden Kapitel erläutert werden sollen, mit Ausnahme eines Punktes, wegen dessen das Gesetz hier strenger ist: wenn es sich nämlich darum handelt, die Genehmigung einer vernichtbaren Verbindlichkeit schriftlich darzuthun, dann muß die Rechtsurkunde das Wesen dieser Verbindlichkeit, die Angabe der Ursache oder der Ursachen, aus denen man ihre Vernichtung erwirken konnte, und die ausdrückliche Erklärung des Willens des Schuldners, diese Anfechtungsursachen zu beseitigen, enthalten. Das Gesetz will, daß die Genehmigung bei voller Kenntniß der Ursache geschehe; und damit in dieser Beziehung kein Zweifel herrsche, verlangt es eine ganz genaue Angabe aller Umstände in der Rechtsurkunde (ibid.).

131. — Obgleich das, was die natürlichen Verbindlichkeiten angeht, diesem Abschnitte fremd ist, weil diese Verbindlichkeiten in gesetzlicher Hinsicht nicht bestehen, und der vorliegende Abschnitt sich nur mit bestehenden und bloß vernichtbaren Verbindlichkeiten beschäftigt, so müssen wir hier doch gelegenheitlich, und um den Abriß der Regeln von der Genehmigung zu vervollständigen, einige Bemerkungen über die natürlichen Verbindlichkeiten beifügen.

Daraus, daß die Genehmigung einer nicht bestehenden Verbindlichkeit unmöglich ist, darf man nicht schließen, daß sie auch bei einer natürlichen Verbindlichkeit wirkungslos sein müsse. Wir haben unter Nro. 39 gesehen, daß eine natürliche Verbindlichkeit diejenige ist, welche das bürgerliche Gesetz, nach einer anfänglichen Verwerfung, in der Folge gutheißt, weil eine vom Schuldner ausgegangene Handlung den reellen Werth der Verpflichtung, welche man für nichtig gehalten hatte, darthut; welcher Umstand könnte nun einen treffenderen Beweis für diesen Werth geben, als die Genehmigung des Schuldners? Zwar liegt hier keine Bestätigung in dem gewöhnlichen Sinne vor, weil hier keine Rede von einem Rechtsgültigmachen einer gesetzlich schon bestehenden Verbindlichkeit ist; aber die Ursachen, welche eine vernichtbare Verbindlichkeit bestätigen, werden wohl auch eine natürliche bürgerlich lebend und geltend machen können (Art. 1338).

In der nämlichen Nummer in fine haben wir ebenfalls gesehen, daß, wenn eine natürliche Verbindlichkeit auch in einer Verpflichtung bestehen kann, welcher das Gesetz die bürgerliche Wirksamkeit ver-

sagte, weil es solche irrthümlich für vor den Augen des Gewissens nichtig ansah, dieselbe doch nicht in der Verpflichtung vorkommen kann, welche das Gesetz geradezu verbietet. Dieses angenommen, folgt daraus, daß das Gesetz (welches im Allgemeinen die Schenkungen mit scheelen Augen betrachtet), jede unentgeltliche Verleihung von Gütern, welche anders als unter Anwendung der strengen von ihm vorgeschriebenen Formen bewirkt wird, streng verbietet, daß eine Schenkung (sie sei unter Lebenden, oder auf den Todesfall), welche nicht nach diesen Formen gemacht ist, eine vom Gesetzgeber verbotene Rechtshandlung darstellt, und darum keine natürliche Verbindlichkeit auf Seiten des Geschenkgebers, der dem Verbote zuwider gehandelt hat, begründen kann. Da hingegen keine Gesetzesverletzung den Erben dieses Geschenkgebers vorgeworfen werden kann, so kann die Rechtshandlung für diese allerdings, je nach den Fällen, eine natürliche Verbindlichkeit enthalten. — Daraus folgt, daß eine wegen Mängeln in den Formen nichtige Schenkung vom Geschenkgeber niemals, weder ausdrücklich noch stillschweigend genehmigt werden kann (ihm bleibt nur der Ausweg, eine neue und regelrechte Schenkung zu machen), daß sie aber dagegen aufleben und bürgerlich wirksam werden kann durch die ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung, welche nach dem Ableben des Geschenkgebers von dessen Nachfolgern ausgeht (Art. 1339—1340).

Nach diesen Bemerkungen kommen wir auf unsere Lehre von der Vernichtung der Verbindlichkeiten zurück.

132. — Dauer der Klage auf Vernichtung. — Das Gesetz mußte ganz natürlich in dem fortdauernden Stillschweigen Desjenigen, welcher seine Verpflichtung vernichten lassen konnte, eine stillschweigende Genehmigung dieser Verpflichtung sehen; ferner (und sogar abgesehen hiervon) muß jede Klage, die darauf abzielt, eine bestehende Ordnung der Dinge abzuändern, wegen der öffentlichen Sicherheit und im Interesse der Gesellschaft nach einem gegebenen Zeitraume erlöschen. Die Vernichtungsklage ist hiernach in eine Frist eingeengt, durch deren Ablauf sie erlöscht. Diese Frist ist nach den Fällen länger oder kürzer, und sie beträgt z. B. nur zwei Jahre (Art. 1676) für den Volljährigen, der bei dem Verkaufe einer Liegenschaft um mehr als sieben Zwölftheile verkürzt worden ist; so oft aber eine kürzere als zehnjährige Frist nicht in dieser Weise durch eine besondere Bestimmung festgesetzt ist, namentlich in den drei oben bezeichneten Fällen: —

1. mangelhafter Einwilligung (wegen Zwang, Irrthum oder Betrug); — 2. der Unfähigkeit (wegen des Standes einer Ehefrau oder eines Entmündigten); oder — 3. der Verkürzung eines Minderjährigen, welcher regelwidrig gehandelt hat, verjährt die Klage nur durch Ablauf dieser zehnjährigen Frist (Art. 1304).

Die zehn Jahre laufen übrigens im ersten Falle nur vom Tage des Aufhörens der Gewalt oder der Entdeckung des Irrthums oder Betrugs; in dem zweiten von dem Tage der Auflösung der Ehe oder der Aufhebung der Entmündigung; und im dritten vom Tage der erlangten Volljährigkeit. Und der Gerichtsgebrauch nimmt beim Schweigen des Gesetzes in dieser Beziehung (mit Recht, weil die Regeln allenthalben angewendet werden müssen, wo keine Ausnahme sie aufhebt) an, daß diese Verjährung, wie jede andere, den allgemeinen Gründen des Stillstands, die an ihrem Orte angegeben werden, unterliegen (ibid. und Art. 2251).

133. — Wirkung der Vernichtung. — Die Wirkung der gerichtlich ausgesprochenen Vernichtung besteht darin, daß sie die Rechtshandlung für ungültig erklärt, und folglich die Sachen in den Stand setzt, in welchem sie vor der Vornahme dieser Rechtshandlung waren. Die Vernichtung setzt also die Parteien der Regel nach in die Nothwendigkeit, sich gegenseitig Alles zurückzugeben, was sie zum Vollzuge der vernichteten Rechtshandlung erhalten haben mögen. — Dieser Grundsatz erleidet jedoch bei Minderjährigen, Entmündigten und Ehefrauen eine Ausnahme; diese sind zur Rückgabe des Empfangenen nur in so weit verpflichtet, als ihr Gegner beweist, daß sie wirklichen Nutzen daraus gezogen haben (Art. 1312).

Fünftes Kapitel.

Von dem Beweise.

134. — Bevor wir uns mit den verschiedenen Beweismitteln befassen, welche das Gesetzbuch gutheißt, müssen wir einen Grundsatz aufstellen, welcher nicht immer richtig aufgefaßt wird, während er doch von der höchsten Wichtigkeit ist. So oft nämlich ein Beweis zu führen ist, d. h. so oft eine Behauptung zwischen zwei Theilen bestritten ist, hat der Theil, welcher diese Behauptung aufstellt, dieselbe zu beweisen.

Man sagt häufig, die Beweislast liege auf dem Kläger und nicht auf dem Beklagten, oder auch, sie ruhe auf dem, welcher bejaht, und nicht auf dem, welcher verneint: probatio incumbit

actori; — ei qui dicit, non ei qui negat; aber diese zwei Grundregeln, die wahr sind, wenn man sie in einem gewissen Sinne nimmt, und sie mit dem Grundsatze, den wir soeben aufgestellt haben, in Einklang setzt, sind falsch, wenn man sie buchstäblich versteht. Zunächst ist die Grundregel actori incumbit probatio nur dann wahr, wenn man unter actor nicht denjenigen versteht, welcher die Klage erhebt, sondern den Theil (den klagenden oder beklagten), welcher gegen den anderen eine Behauptung aufstellt; wenn man sie gleichmäßig auf den Beklagten anwendet, der zur Rechtfertigung seiner Vertheidigung handelt (agens), wie auf den Kläger, der sich bemüht, seine Klage darzuthun, und wenn man an die Seite dieser Regel die erläuternde Regel reus excipiendo fit actor setzt. Ebenso muß man, wenn die zweite Grundregel wahr werden soll, das is qui dicit von jedem Streiter verstehen, welcher eine Behauptung vorbringt (mag er nun bejahen, was nicht zu sein scheint, oder verneinen, was zu sein scheint); und das is qui negat von dem, welcher (sei es durch eine Verneinung oder eine Bejahung) diese neue Behauptung widerspricht, verneint, und sich damit begnügt, sie zurückzuweisen, um sich an den status quo zu halten. Mit einem Worte, jede Anführung, die darauf abzielt, den wirklichen Stand der Dinge zu ändern, muß von Demjenigen bewiesen werden, welcher sie vorbringt, ohne Unterschied, ob sie vom Kläger oder Beklagten ausgeht, oder ob sie in einer Bejahung oder Verneinung besteht (Art. 1315).

Wenn z. B. die Urkunde, welche darthut, daß eine Person die Verbindlichkeit übernommen hat, die Ursache dieser Verbindlichkeit nicht angibt, dann ist es an dem, welcher sich urkundlich als Verpflichteten bekannt hat und nachher unter dem Vorgeben behauptet, er sei es nicht, weil seine scheinbare Verbindlichkeit wegen Mangels einer Ursache nicht bestehe, zu beweisen, daß wirklich keine Ursache vorhanden sei, und nicht an dem, der als Gläubiger die Urkunde vorlegt, zu beweisen, daß eine Ursache vorhanden sei. So entscheidet der Gerichtsgebrauch, und zwar mit Recht: denn wenn ich den Vollzug einer Verbindlichkeit fordere, welche nach der von meinem Gegner ausgestellten Urknnde bestehen soll, so befolge ich nur den natürlichen Gang der Dinge, während dieser Gegner das Bestehende umkehren will, wenn er behauptet, daß, obgleich er sich meinen Schuldner genannt, er es nicht sei, und daß die Urkunde, welche er unterzeichnet, zerrissen werden müsse (ibid. und Art. 1132).

135. — Das Gesetzbuch nennt fünf Beweismittel, nämlich: die Urkunde, das Zeugniß, die Vermuthung, das Geständniß und den Eid; dies gibt Veranlassung, die Lehre in fünf Abschnitte zu theilen (Art. 1316).

Offenbar ist diese Eintheilung weit davon entfernt, eine logische Klassification darzustellen. Richtig und ganz natürlich, was die Worte anbelangt, ist sie ganz unrichtig, was die Sache betrifft. So zerfällt eines der angegebenen fünf Beweismittel, die Vermuthung, in drei, ja sogar vier Unterabtheilungen (absolute Rechtsvermuthung der öffentlichen Ordnung, — absolute Vermuthung des Privatinteresses, — einfache Rechtsvermuthung, — thatsächliche Vermuthung), welche, obgleich sie unter einer Gattungsbenennung zusammengefaßt sind, dennoch weit verschiedene Wirkungen darstellen, so verschieden, daß vier andere Beweismittel sich in die Zwischenräume, welche diese vier Klassen trennen, einreihen lassen. Ebenso verhält es sich mit dem Eide, dessen zwei Aeste (Haupteid, — Motheid) so weit davon entfernt sind, sich zu gleichen oder sich nur zu berühren, daß der eine einen unbesieglichen und vollständig unwiderruflichen Beweis liefert, während der andere nicht einmal bis zum Gegenbeweise beweist, und nur die Ergänzung eines schon begonnenen Beweises darbietet, ohne je für sich selbst ein Entscheidungselement abgeben zu können: der Haupteid und der Notheid stehen genau auf den beiden Enden der Beweisleiter.

Die Beweismittel in vollkommener Weise angegeben und nach ihrer größeren oder geringeren Kraft geordnet, geben zehn Klassen in nachstehender Reihenfolge:

1. der Haupteid (welcher den Gegenbeweis nie zuläßt); — 2. die absolute Rechtsvermuthung der öffentlichen Ordnung (idem); — 3. das gerichtliche Geständniß (welches ihn nur in einem einzigen Fall zuläßt); — 4. die anderen absoluten Vermuthungen (die ihn in mehreren Fällen zulassen); — 5. die einfache Rechtsvermuthung (welche ihn immer zuläßt); — 6. der Urkundenbeweis (idem); — 7. das außergerichtliche Geständniß (idem); — 8. der Zeugenbeweis (idem, und der ferner nur in gewissen Fällen erlaubt ist); — 9. die thatsächliche Vermuthung (idem, idem); — 10. endlich der Notheid (welcher nie ein Beweis, sondern nur die Ergänzung eines schon begonnenen Beweises ist).

Wie wir sehen, ist die Eintheilung der Beweise in fünf Abtheilungen, wie sie vom Gesetzbuch aufgestellt wird, weit entfernt, eine logische zu sein. Da sie jedoch, auf diese Vorbemerkungen hin, ohne Gefahr befolgt werden kann, und man sie unserer Ansicht nach im Gegentheile nicht verlassen könnte, ohne die Einsicht in die Lehre viel schwieriger zu machen, so nehmen wir sie mit dem Vorbehalte an, nochmals und etwas umfassender am Ende des Kapitels auf die Begriffe, welche wir eben angedeutet haben und die man nicht aus den Augen verlieren darf, zurückzukommen.

I. Abschnitt.

Von dem Urkundenbeweise.

136. — Der Urkunden- oder schriftliche Beweis ist derjenige, welcher entweder aus einem Schriftsatze im eigentlichen Sinne oder aus Kerbhölzern, welche ebenfalls eine Art von Schriftsatz bilden, entspringt. Wir haben uns hier zu befassen: — 1. mit den öffentlichen Urkunden und den Gegenscheinen, wodurch man jene beschränken kann; — 2. mit den Privaturkunden; — 3. mit den Kerbhölzern; — 4. mit den Abschriften der Rechtsurkunden und — 5. mit den Urkunden über Anerkenntnisse.

I. Von den öffentlichen Urkunden und den Gegenscheinen.

137. — Von den öffentlichen Urkunden. — Im Allgemeinen sind alle diejenigen Urkunden öffentliche, welche von öffentlichen Beamten, die in ihrem vorgeschriebenen Geschäftskreise handeln, ausgehen; das Gesetz hat aber hier nur die öffentlichen Urkunden im Auge, welche als Beweise für Verträge dienen sollen, d. h. die Notariatsurkunden.

Vier Voraussetzungen gehören dazu, wenn die Urkunde die Wirkung, die an diese Eigenschaft der Oeffentlichkeit geknüpft ist, hervorbringen soll: es ist erforderlich: — 1. muß der, welcher die Urkunde aufnimmt, ein öffentlicher Beamter sein; — 2. muß dieser öffentliche Beamte fähig sein, zu beurkunden; — 3. muß er zuständig sein, d. h. muß die Urkunde zu denjenigen gehören, welche aufzunehmen er beauftragt ist, muß sie an einem Orte aufgenommen werden, wo der Beamte das Recht hat, zu instrumentiren, und darf sie keine Personen betreffen, welchen er seine Dienste nicht leisten darf; — 4. endlich muß die Urkunde alle gesetzlich vorgeschriebenen Formen enthalten (Art. 1317).

138. — Wenn die Urkunde von einem öffentlichen Beamten ausgeht, es aber an der Zuständigkeit, Fähigkeit oder den vorgeschriebenen Formen fehlt, dann kommt das Gesetz den Parteien zu Hülfe und verleiht dieser Urkunde die Kraft einer Privaturkunde, sofern sie von den Parteien unterschrieben ist; sie ist alsdann eine öffentliche Urkunde, welche unregelmäßig ist, und als eine Privaturkunde Geltung hat, aber sie ist darum noch keine Privaturkunde; und folglich kann man auf sie nicht die Förmlichkeit der Doppelschriften, noch die des „Gut" oder „Gut geheißen", welche, wie wir sehen werden, bei Urkunden mit Privatunterschrift erforderlich ist, anwenden. Eben so wenig braucht man sich daran zu stören, daß sie etwa nur in Ausfertigungen aufgenommen wurde, in Fällen, wo der Hauptaufsatz davon aufbewahrt werden mußte; denn die Abfassung in einem Hauptaufsatze ist gerade eine von den Formen, deren Nichtbeobachtung das Gesetz damit bestraft, daß sie die Urkunde, die Unterschrift der Betheiligten vorausgesetzt, auf die Kraft einer Privaturkunde herabsetzt. Dieses letzte Erforderniß ist aber unerläßlich und die Urkunde erhält diese Kraft nicht, wenn beide Theile oder der eine derselben erklärt, er könne nicht schreiben oder sei dessen unkundig. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß mit der erforderlichen Unterzeichnung nicht die aller in der Urkunde etwa aufgeführten Personen gemeint ist, sondern nur die der Parteien, zwischen welchen diese Urkunde Beweis zu liefern bestimmt ist (Art. 1318).

Handelt es sich um eine Uebereinkunft, bei der auf der einen Seite ein Theil steht, der unterzeichnet hat, und auf der anderen mehrere Mitbetheiligten, von denen nur Einer oder Einige ihre Unterschrift gegeben haben, dann ist die Urkunde allen Unterzeichnern gegenüber kraftlos. In diesem Fall wurde die Einwilligung der Unterzeichner nur in der Voraussetzung gegeben, daß die Nichtunterzeichner ihrer Seits sich auch verpflichten werden; und da diese Voraussetzung nicht eingetreten ist, so wurde die Absicht nicht erreicht, und Alles bleibt in seinem Nichts (ibid.).

139. — Um die Absicht des Gesetzes, welches unter den eben angeführten Voraussetzungen die öffentlichen Urkunden, die aus Mangel an der Zuständigkeit, Fähigkeit oder Form fehlerhaft sind, als Urkunden mit Privatunterschrift gelten läßt, zu erreichen, muß man sich dafür entscheiden, daß eine von einem abgesetzten oder ersetzten Notare aufgenommene Urkunde unter unsere Regel fällt, wenn die Betheiligten glauben konnten und mußten, daß derjenige,

an welchen sie sich wendeten, noch Notar sei, obgleich die Absetzung und die Ersetzung nicht bloß Fälle der Unzuständigkeit oder Unfähigkeit sind (Art. 1318).

Obgleich umgekehrt ein Fall der Unzuständigkeit darin liegt, daß ein Notar eine Urkunde aufgenommen hat, welche kein Notar aufnehmen konnte, so hat die Urkunde hier dennoch keine Kraft, weil das Gesetz bloß von der Unzuständigkeit des Notars spricht, der eine Urkunde aufnimmt, welche durch einen andern Notar aufgenommen werden mußte. Obgleich endlich in dem Mangel der Unterschrift des Notars ein Formfehler liegt, so ist es doch gewiß, daß eine Urkunde, welcher diese Unterschrift fehlt, eben so wenig als Urkunde unter Privatunterschrift gelten kann, weil ein vom Notar nicht unterzeichneter Schriftsatz nicht einmal den Schein einer öffentlichen Urkunde hat, und weil das Gesetz nur der Urkunde zu Hülfe kommt, welche die Betheiligten für eine öffentliche halten durften (ibid.).

140. — Eine öffentliche Urkunde genießt vollen Glauben, d. h. beweist bis zur Falschheitsanklage vollständig die Uebereinkünfte und Thatsachen, welche sie constatirt, sofern es sich um Sachen handelt, welche der Notar beurkunden konnte und mußte. Zunächst muß er sie beurkunden können, d. h. er muß die Gewißheit darüber propriis sensibus erworben haben; und wenn man nur behauptet, die Erklärung, welche man ihm gemacht und die er beurkundet habe, sei erlogen, oder die vor ihm geschlossenen und von ihm beurkundeten Uebereinkünfte seien betrügerisch, dann ist es nicht nöthig, eine Anklage wegen Falschheit zu erheben, weil die Wahrhaftigkeit des Notars nicht in Zweifel gezogen wird. Zweitens muß es sich um Dinge handeln, welche zu beurkunden er beauftragt ist; daraus folgt, daß es, wenn ein Notar erklärt hat, ein Vormund oder ein Geschenkgeber sei bei gesundem Verstande gewesen, keiner Falschheitsanklage bedarf, um zu beweisen, daß der Verfügende nicht bei vollem Verstande gewesen sei; denn einem Notar steht es nicht zu, den Gesundheitszustand der Personen in öffentlicher Form zu beurkunden (Art. 1319).

141. — Eine öffentliche Urkunde liefert absolut und allen Personen gegenüber bis zur Falschheitsanklage Beweis der Thatsachen und Uebereinkünfte, welche darin aufgeführt sind. Bezüglich der Beweiskraft ist kein Unterschied, weder zwischen den Betheiligten und Dritten, noch zwischen verfügendem und erzählendem Inhalte der Urkunde (s. die folgende Nummer). Alle

Theile der öffentlichen Urkunde, sie mögen sein, welche sie wollen, genießen Jedermann gegenüber vollen unbeschränkten Glauben, bis zur Anklage der Falschheit.

Wenn auch die den Urkunden zukommende Glaubwürdigkeit bei allen die gleiche ist, so ist dem doch nicht ebenso mit der Wirkung, welche diese Urkunden erzeugen sollen, d. h. mit den Rechten oder Verbindlichkeiten, welche aus der Handlung oder den beurkundeten Uebereinkünften entspringen. Von der der Urkunde beizulegenden Wirkung und nicht von der ihr gebührenden Glaubwürdigkeit wollte das Gesetz sprechen, wenn es sagt, die öffentliche Urkunde beweise den Vertrag vollkommen, den sie enthalte, und zwar unter den Vertragspersonen, ihren Erben oder Rechtsfolgern; es will damit bloß die Regel in Anwendung bringen: res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest. Es ist in der That klar, daß ein Notariatsakt wie jeder beliebige andere Vertrag nur unter den Betheiligten oder deren Repräsentanten wirken kann, aber es ist nicht weniger klar, daß die einer Urkunde aufgeprägte Eigenschaft der Oeffentlichkeit die nämliche ist, sowohl für Dritte, als für die Betheiligten, welche darin aufgetreten sind. Daß das Gesetz von der Wirkung, welche mit der öffentlichen Urkunde verbunden ist, sprechen will, folgt ferner daraus, daß es noch beifügt, diese Wirkung, d. h. der Vollzug der Urkunde, könne oder müsse, je nach den Fällen, durch das Verfahren wegen der Falschheit aufgeschoben werden. Diese Unterscheidung zwischen der Glaubwürdigkeit der Urkunden und den Wirkungen, welche sie erzeugen soll, zwischen ihrer beweisenden und wirkenden Kraft, hatte unser berühmter Dumoulin mit bewundernswerther Klarheit aufgestellt, und Pothier verfiel nur, weil er ihn nicht verstanden hatte, auf die unrichtige Ausdrucksweise, welche das Gesetzbuch wiedergibt (Art. 1319—1320).

142. — Man unterscheidet in einer Urkunde die Verfügungen und die Erzählungen. Die Verfügungen oder das Verfügende heißt man den Theil, der den wahren Gegenstand der Rechtsurkunde, deren wesentliche Bestandtheile ausdrückt; die Erzählungen dagegen sind bloße accessorische Anführungen. Unter diesen Erzählungen unterscheidet das Gesetz diejenigen, welche in unmittelbarer und naher Verbindung mit dem Verfügenden stehen, und diejenigen, welche demselben sehr entfernt stehen und darum dem vorgesetzten Zwecke thatsächlich fremd sind. Die Erzählungen haben unter den Betheiligten und deren Vertretern die gleichen Wirkungen wie die

Verfügungen selbst, wenn sie in unmittelbarem Bezug auf diese Verfügungen stehen; auf der andern Seite begründen sie nur den Anfang eines schriftlichen Beweises, wenn sie der Verfügung fremd sind. Diese letzteren Erzählungen sind nicht von der Art, daß sie die Aufmerksamkeit des interessirten Theils im gleichen Maaße darauf leiten, sie zu bestreiten, wie jene, welche mit der Verfügung in unmittelbarer Verbindung stehen.

Wenn auch die Erzählungen eine mehr oder weniger ausgedehnte Wirkung unter den Betheiligten äußern, so haben sie doch Dritten gegenüber gar keine. Das Gesetzbuch hat in dieser Beziehung das alte Recht nicht aufgenommen, wornach die Erzählungen der öffentlichen Urkunden Anfang eines Beweises auch gegen Dritte bildeten. Eben so wenig findet der alte Grundsatz: in antiquis omnia praesumuntur solemniter acta, den schon Pothier verlassen hatte, und der nur eine sinnlose Phrase war, Anwendung (Art. 1320).

143. — Von den Gegenscheinen (contre-lettres). — Unter Gegenschein, lato sensu, versteht man jede Urkunde, welche eine andere modificirt. Hier hat aber das Wort Gegenschein einen engeren Sinn; es bedeutet eine Urkunde, die bestimmt ist, geheim zu bleiben, und welche die Verfügungen einer zum Vorzeigen bestimmten Urkunde modificirt. Wo zwei entgegengesetzte Verfügungen, welche die Betheiligten abschließen, vorliegen, Verfügungen, von denen die eine wahr, aber unbekannt, die andere falsch, aber allein bekannt ist, da erklärt das Gesetz, und das mit Recht, daß bezüglich Dritter der Schein über die Wirklichkeit siegen müsse; daß diese Dritte die Wirkungen der zum Vorzeigen bestimmten Urkunde immer geltend machen können, wie wenn der Gegenschein gar nicht vorhanden wäre, und daß dieser Gegenschein (der seine Wirkung unter den Betheiligten in so weit hat, als dabei keine Dritte interessirt sind) ihnen nie entgegen gehalten werden kann (Art. 1321).

Man muß übrigens die Bedeutung richtig auffassen, welche das Gesetz hier dem Worte Dritte gibt. Es handelt sich nicht um penitus extranei. Eine besondere Regel, welche die Gegenscheine diesen gegenüber für wirkungslos erklärt, ist vollständig überflüssig gewesen, weil sie von den öffentlichen Urkunden selbst nicht berührt werden können. Der gesunde Menschenverstand spricht laut dafür, daß Dritte, gegen welche die Gegenscheine keine Wirkung haben können, diejenigen sind, bei welchen ein Schutz gegen die Wirkung der Gegenscheine erforderlich ist. Diejenigen nun, welche eines

solchen Schutzes bedürfen, sind die Rechtsfolger der Parthieen, und zwar nicht die Rechtsfolger titulo universali, welche für alle Verbindlichkeiten ihrer Rechtsvorfahrer haften, sondern die Rechtsfolger titulo particulari, in deren Augen die zum Vorzeigen bestimmte Urkunde eine Wahrheit war, auf welche sie zählen mußten. Wenn dem übrigens so ist, wo die Wirklichkeit durch einen Gegenschein dargethan wird, so muß es mit noch mehr Grund ebenso sein, wenn diese Wirklichkeit, verdeckt durch eine zum Vorzeigen bestimmte Urkunde, sich nur aus dem bloßen Briefwechsel der Betheiligten ergibt, weil dieser Briefwechsel noch geheimer ist als eine Urkunde (ibid.).

144. — Uebrigens wird Dritten gegenüber, welche hier Rechtsfolger der Betheiligten sind, der Gegenschein nicht vollständig als nicht vorgekommen angesehen: er ist für sie nur in so fern wirkungslos, als er ihnen Schaden bringt; bringt er ihnen Nutzen, dann können diese Rechtsfolger ihn mit allem Fuge geltend machen. Nach dem eben Gesagten können sie es nur gegen den, welcher sich durch den Gegenschein verpflichtet hat oder dessen allgemeine Nachfolger und nicht gegen dessen Rechtsfolger titulo particulari.

Da das Gesetzbuch alle Gegenscheine ohne Unterschied auf gleiche Linie stellt, so kann nicht bezweifelt werden, daß es den Art. 40 des Gesetzes vom 22. Frimaire VII, welcher bestimmte, ein jeder Gegenschein, welcher bezwecke, den Kaufpreis, wie er in der zum Vorzeigen bestimmten Urkunde bezeichnet, zu erhöhen, solle nichtig sein, abgeschafft hat. Die Discussion im Staatsrathe beweist deutlich, daß diese unbillige Verfügung abgeschafft worden ist.

Zum Schluß müssen wir noch bemerken, daß Gegenscheine und Auftragsbezeichnungen (d. h. Erklärung des Käufers, daß er für einen Andern kaufe, den er später nennen werde) Nichts mit einander gemein haben, da die letzteren keinerlei geheime Modification einer zum Vorzeigen bestimmten Urkunde enthalten; und wenn die durch Gegenschein modificirte Urkunde meisten Theils eine Notariatsurkunde ist, so kann sie doch auch eine bloße Privaturkunde sein (ibid.).

II. Von Privaturkunden.

Die Privatschriften sind meistens Urkunden mit Unterschriften; es gibt aber auch Aufsätze, welchen das Gesetz eine gewisse Beweiskraft beilegt, obgleich es ihnen an jeder Unterschrift fehlt. Wir haben von diesen wie von jenen zu sprechen.

1) Von den Urkunden mit Privatunterschrift.

145. — Eine Urkunde mit Privatunterschrift erzeugt die gleiche Wirkung wie eine öffentliche, wenn sie von demjenigen, welchem man sie entgegen hält, anerkannt ist, oder dafür angesehen wird; diese Wirkung gilt bei denen, welche sie unterschrieben haben, ihren Erben und Rechtsfolgern. Sie hat auch die gleiche Beweiskraft sogar Dritten gegenüber, vorbehaltlich dessen, was das Datum anbelangt, wie wir unter Nro. 150 sehen werden (Art. 1322).

Die Urkunde mit Privatunterschrift hat nur Geltung, wenn anerkannt ist, daß sie von dem ausgeht, welchem man sie zuschreibt; zwischen dem angeblichen Aussteller der Urkunde und dem Rechtsfolger desselben ist hier der Unterschied, daß der angebliche Aussteller deren Wirkung nur dadurch beseitigen kann, daß er erklärt, die Schrift oder Unterschrift sei die seinige nicht, während es bei dem Rechtsfolger genügt, wenn er sagt, er wisse nicht, ob diese Schrift oder Unterschrift von demjenigen herrühre, welchem man sie zuschreibt. Wenn der Betreffende die Schrift oder Unterschrift als die seinige nicht anerkennt, oder wenn seine Erben oder Rechtsfolger erklären, solche nicht zu kennen, dann wird deren Verification gerichtlich angeordnet. Es ist aber nicht mehr wie ehemals erforderlich, daß der, welcher sich der Urkunde mit Privatunterschrift bedienen will, zuerst auf die Anerkennung, oder im Falle der Abläugnung auf die Nachweisung antrage; er kann füglich unmittelbar auf den Vollzug der Urkunde klagen, vorbehaltlich des Rechts des Beklagten sich durch ein Abläugnen zu vertheidigen. Dann tritt die Verification ein, deren Regeln die Prozeßordnung aufstellt (Art. 1323—1324).

146. — Nothwendigkeit der Doppelschriften. — Unser Gesetzbuch gibt die ebenso dumme als unsittliche Regel nicht wieder, welche im Jahre 1736 im Gerichtsgebrauche des Parlaments von Paris eingeführt wurde und den Grundsatz aufstellte, daß alle doppelseitigen Verträge immer und ohne Ausnahme nichtig sind, wenn nicht eben so viele Originalausfertigungen derselben aufgenommen wurden als Betheiligte sind, die ein entgegengesetztes Interesse haben, und wovon jede der Zahl dieser Originalausfertigungen erwähnt. Zwar erklärt das Gesetz heute noch, daß die Urkunden mit Privatunterschrift, welche doppelseitige Verträge enthalten, nur dann gültig sind, wenn eben so viele Originalausfertigungen davon gemacht wurden, als Betheiligte mit verschiedenem Interesse vorhanden sind, und wenn jede Originalausfertigung die

Zahl dieser Originalausfertigungen, welche gemacht wurden, angibt; aber den Vertrag selbst erklärt unser Gesetz nicht für wirkungslos wegen des Mangels der Doppelschriften oder der Erwähnung der Doppelschriften, sondern nur die Urkunden, die Schriftsätze, welche den Vertrag enthalten und welche den Beweis desselben liefern sollen.

Der Mangel der Doppelschriften oder der Erwähnung der Doppelschriften ist heut zu Tag nur noch eine Beweisfrage, von der abgesehen der Vertrag immer gültig bleibt, wenn er sonst wie, sei es durch Geständniß der Partei, oder durch die Vorlage der Doppelschriften selbst (im Falle, wo nur die Erwähnung dieser Doppelschriften fehlt), oder auf jede andere Art bewiesen wird (Art. 1325).

147. — Es müssen der Doppelschriften so viele sein, als es Betheiligte mit verschiedenem Interesse gibt, und eine einzige Urschrift genügt für alle die, welche das gleiche Interesse haben; d. h. es sind so viele Urschriften erforderlich, als es Betheiligte gibt, die bei dem Vertrage entgegengesetzte Interessen haben. Eine einzige Urschrift genügt also für alle diejenigen, von denen jeder ein ähnliches Interesse hat, und die alle zusammen genommen, in Bezug auf den Gegentheil, die Rolle spielen, welche Einer allein spielen würde (Art. 1325).

Nur bei doppelseitigen Verträgen sind Doppelschriften erforderlich. Man kann sie also bei keinem der einseitigen Verträge verlangen, noch bei einer einseitigen Zusage, ohne entsprechende Verbindlichkeit des anderen Theils, außerdem einen doppelseitigen Vertrag abzuschließen, z. B. bei dem einseitigen Versprechen, zu kaufen oder zu verkaufen. Ein solches Versprechen, welches nicht als Kauf gilt (weil es einseitig ist), ist trotzdem für den verbindlich, welcher es abgelegt hat, und es wird durch eine einfach aufgenommene Urkunde ganz vollständig bewiesen (ibid.).

148. — Nothwendigkeit des „Gut" oder „Gutgeheißen". — Das Gesetz mußte weise Maßregeln ergreifen und hat sie ergriffen, um zu hindern, daß Betrug in Schriften geübt wird, welche eine einseitige Verbindlichkeit enthalten. So kann die einseitige Zusage, eine gewisse Summe oder eine gewisse Menge Waaren zu zahlen, durch die Urkunde, welche der Gläubiger vorlegt, nur in so ferne bewiesen werden, als diese Urkunde vom Schuldner ganz geschrieben, oder wenigstens mit einem „Gut" oder „Gutgeheißen", welches in Worten und nicht in Zahlen den Belauf der Summen oder

Sachen angibt, versehen ist. Wenn der Inhalt der Urkunde ganz vom Schuldner geschrieben ist, dann muß der Belauf der Summen oder Sachen ebenfalls in Worten und nicht in Zahlen bezeichnet sein. Der Grund ist der gleiche, im einen wie im anderen Falle (Art. 1326).

Die Regel findet stets ihre Anwendung, wenn nur auf einer Seite eine Verpflichtung ruht, wenn auch mehrere Personen diese Verbindlichkeit übernommen haben. Die Mitschuldner stellen in diesem Falle im Vertrage nur eine einzige Partei vor. Die Urkunde muß also von jedem von ihnen das Gut enthalten, wenn sie durch eine dritte Hand geschrieben ist oder das Gut des andern oder der andern Schuldner, wenn sie Einer von ihm geschrieben hat. Wenn der Vertrag ein einseitiger ist, dann gibt es keine Wahl zwischen der Regel der Doppelschriften und der des „Gut“ oder „Gutgeheißen“; diese letztere allein muß befolgt werden; begreiflicher Weise ist es aber anders, und eine Wahl zwischen den beiden Regeln ist in dem Falle zulässig, wo ein doppelseitiger Vertrag vorliegt, der vom einen Theile auf der Stelle vollzogen wird, so daß nur von der andern Seite noch eine Verbindlichkeit übrig bleibt (ibid.).

Die Regel hat übrigens nur auf den Beweis und nicht auf die Rechtsgültigkeit des Vertrags Bezug, so daß selbst in Ermangelung des Gut oder Gutgeheißen der Beweis der Verbindlichkeit gegen den Unterzeichner durch dessen Geständniß, durch den Eid, oder sonst wie erbracht werden kann (ibid.).

149. — Das Gesetz macht von dieser Regel eine Ausnahme bei Kaufleuten, Handwerkern, Ackerleuten, Weinbauern, Taglöhnern und Dienstboten. Diese Ausnahme war durch die Natur der Dinge selbst geboten; bei den Kaufleuten mußte das Gesetz fürchten, wenn es sie der Regel unterwerfe, den raschen Gang ihrer Geschäfte zu hemmen; bei den Taglöhnern und den Andern hieße, sie zu der Förmlichkeit des „Gut“ oder „Gutgeheißen“ verpflichten, sie in die Nothwendigkeit versetzen, wegen der geringfügigsten Urkunden zum Notare zu gehen (ibid.).

Sind die im Inhalte der Urkunde und die im „Gut“ ausgedrückten Summen verschieden, dann spricht die Vermuthung dafür, daß nur die geringere Summe Gegenstand der Verbindlichkeit ist, sogar dann, wenn die Urkunde und das „Gut“ ganz von der Hand des Verbindlichen geschrieben sind. Diese Vermuthung fällt aber durch den Beweis des Gegentheils (Art. 1327).

150. — Von dem Datum. — Es ist zu leicht eine Urkunde unter Privatunterschrift vorzudatiren, als daß das Gesetz einer solchen Dritten gegenüber bezüglich des Datums Beweiskraft beigelegt hätte. Sie hat diesen Letzteren gegenüber sicheres Datum erst von dem Tage an, wo sie zu öffentlichen Akten gebracht, oder wo sie ihrem Hauptinhalte nach in einer öffentlichen Urkunde aufgeführt wird, oder wo Einer der Unterzeichner stirbt; bezüglich der Betheiligten und deren Nachfolger genießt die Privaturkunde, was ihr Datum anbelangt, Glauben, bis dessen Falschheit bewiesen wird. Der Mangel des Eintrags in öffentliche Akten (oder des einen der beiden Aequivalente) kann also nicht von den Parteien oder deren Erben, sondern nur von Dritten entgegen gehalten werden.

Unter dem Ausdruck Dritte kann man hier offenbar nur diejenigen verstehen, welche mit der Person, von welcher die Urkunde ausgeht, gehandelt haben, d. h. deren Rechtsfolger titulo particulari. Denn was kann es Dritte, die penitus extranei sind, scheeren, da ja die Urkunde keine Wirkung weder für noch gegen sie hervorbringen kann? . . . . Zwar gibt das Gesetz der Urkunde mit Privatunterschrift volle Wirkung unter allen Rechtsfolgern der Vertragspersonen, wie unter diesen selbst; darin liegt aber kein Widerspruch; denn derjenige, welcher mit Jemanden einen Vertrag geschlossen hat (z. B. der Käufer), ist dessen Rechtsfolger nur bezüglich der Urkunden, welche dem Vertrage vorangegangen sind, und nicht bezüglich derer, die demselben nachgefolgt sind; so daß man, ehe man mich mit Bezug auf eine bestimmte Urkunde den Rechtsfolger desjenigen nennen kann, mit welchem ich den Vertrag geschlossen habe, vorher darthun muß, daß diese Urkunde wirklich ein meinem Vertrage vorgehendes Datum habe (Art. 1328).

151. — Der Eintrag in die öffentlichen Bücher (enregistrement), die Anführung des Hauptinhalts der Privaturkunde in einer öffentlichen Urkunde und der Tod eines der Unterzeichner sind limitatif als solche Vorgänge angeführt, die gesetzlich einer Privaturkunde ein sicheres Datum geben; und dieses sichere Datum kann nicht ohne Verletzung des Gesetzes auf alle Fälle ausgedehnt werden, in welchen der Richter die thatsächliche Unmöglichkeit eines Vordatirens zu finden glaubt. Dieser Satz, der den Gerichtsgebrauch für sich hat, bietet wirklich keinen Zweifel im Hinblicke auf die Vorarbeiten zum Gesetzbuche.

Diese Förmlichkeiten finden übrigens keine Anwendung auf einfache Quittungen, bei denen es von jeher gebräuchlich war, sich mit der Unterschrift des Gläubigers zufrieden zu geben. Die Ausnahme bestand unter dem alten Rechte, und man findet in den Vorarbeiten keine Spur einer Neuerung, welche nur Verwirrung in Gewohnheiten gebracht hätte, die seit mehreren Jahrhunderten bestanden (ibid. Zach. §. 752.).

2) Von den Schriften, die ohne Unterzeichnung wirksam sind.

152. — Die Bücher der Kaufleute liefern andern Kaufleuten gegenüber gesetzlichen und vollen Beweis; sie geben aber keinen Beweis der darin eingetragenen Lieferungen gegen Personen, die nicht Kaufleute sind. Diesen gegenüber geben sie nur den Anfang eines Beweises ab, der genügend ist, den Richter zu ermächtigen, einen Erfüllungseid aufzuerlegen. Trotzdem verschafft der Inhalt dieser Bücher dem Zeugenbeweis, behufs des Nachweises der Wahrheit der Lieferung, keinen Eingang. Denn der Zeugenbeweis ist nur zulässig, wenn ein Anfang eines schriftlichen Beweises vorliegt, und das Gesetz erkennt diese Eigenschaft nur in den Schriftsätzen an, welche von demjenigen ausgehen, gegen welchen die Klage gerichtet ist (Art. 1329, 1347, Zach. §. 753, Not. 5.).

Wenn aber auch die Bücher eines Kaufmanns keinen Beweis gegen Nichtkaufleute liefern, so spricht die Vernunft doch laut dafür, daß sie gegen den Kaufmann selbst vollständig beweisen. Nur kann derjenige, welcher Vortheil daraus ziehen will, sie nicht in dem theilen, in was sie seinen Ansprüchen Entgegenstehendes enthalten (Art. 1330, Zach. §. 753.).

153. — Zum Unterschied von Handelsbüchern genießen die Hausbücher und Papiere niemals Glauben zu Gunsten Desjenigen, durch den sie gehalten werden; aber gegen ihn beweisen sie in zwei Fällen: — 1. so oft sie eine erhaltene Zahlung bestimmt ausdrücken; — 2. wenn sie eine Verbindlichkeit desjenigen, der sie führt, gegen Dritte ausdrücken; hier erfordert aber das Gesetz noch mehr und erkennt den Bestand der Verbindlichkeit nur dann an, wenn ausdrücklich gesagt wird, daß die Bemerkung geschrieben worden sei, um den Mangel einer Schuldverschreibung des Gläubigers zu ersetzen.

Im ersten Falle, d. h. wenn die Bücher ausdrücklich eine empfangene Zahlung angeben, behält die Schrift, sogar wenn

sie durchstrichen ist, ihre volle Kraft: denn so durchstrichen sie auch sein mag, die Erwähnung der Zahlung beweist hinlänglich, daß diese Zahlung stattgefunden hat: man trägt nicht in sein Buch ein, daß man an dem Tag, mit der Summe, von der Person bezahlt worden sei, wenn die Summe nicht aufgezählt worden ist. Im zweiten Falle dagegen hat die durchstrichene Schrift keinerlei Werth; weil das Ausstreichen durch den Schuldner zu dem Glauben veranlaßt, er habe die Bemerkung nur deshalb getilgt, weil seine Verbindlichkeit, die allerdings ursprünglich bestand, später erloschen ist.

Wenn die Hausbücher und Papiere auch Beweis gegen den liefern, welcher sie führt, so beweisen sie doch nie zu seinem Vortheile: es wäre eben doch zu bequem, sich eine Rechtsurkunde selbst zu schaffen. Daraus darf man aber nicht schließen, daß der Gegner desjenigen, welcher das Hausbuch führt, nach seinem Belieben unter den Einträgen wählen kann, welche sich auf ein Geschäft beziehen, um die aufzunehmen und jene fallen zu lassen. Der Gegner muß das Ganze der Einträge nehmen, wie es sich darstellt, als ein Ganzes, das nothwendiger Weise untheilbar ist: ist es ihm günstig, so wird er sich solches zu Nutzen machen; ist es ihm ungünstig, so wird er es bei Seite lassen, ohne daß man es dann (weil das Buch nicht zu Gunsten desjenigen beweist, der es führt) gegen diesen Gegner anwenden könnte.

In ganz wenigen Verhältnissen dürfte das fliegende Blatt unter der Benennung von Hauspapieren mitbegriffen werden; dann etwa, wenn dieses fliegende Blatt Bestimmungen von solcher Genauigkeit enthält, die volle Gewißheit geben. Umgekehrt kann die in das Buch eingetragene Bemerkung zuweilen wirkungslos bleiben; dann z. B., wenn sie von einer anderen Hand geschrieben ist als die anderen Einträge des Buchs.

Wenn der Herr des Buchs läugnet, ein solches zu haben, dann hat man häufig keinen anderen Ausweg, als ihm den Eid über das Bestehen dieses Buches zuzuschieben. Gibt er zwar das Vorhandensein des Buchs zu und beschränkt sich blos auf die Weigerung, es vorzulegen, dann liegt in dieser Weigerung ein Anfang eines Beweises, welcher die Auferlegung des Erfüllungseides zulässig macht (Art. 1331, 1367).

154. — Die Schrift, welche geleistete Zahlungen des Schuldners ausdrückt und sich am Schlusse, auf dem Rande oder Rücken entweder der einfachen Urkunde oder derjenigen Doppelschriften be-

findet, welche den Titel des Gläubigers ausmacht, liefert schon allein dadurch Beweis, daß sie von diesem Gläubiger herrührt, wenn sie auch von ihm weder unterschrieben noch datirt ist, ohne daß es darauf ankäme, ob die Rechtsurkunde in seinem Besitz geblieben ist oder nicht. Wenn sich diese Schrift auf einer früheren Quittung befindet oder auf der Doppelschrift, die dem Schuldner gehört, dann liefert sie nur unter der zweifachen Voraussetzung Beweis, daß nämlich die Schrift ebenfalls vom Gläubiger herrührt, und daß das Blatt, welches sie trägt, nicht von ihm zurückgehalten wird. Zwischen diesen zwei Fällen besteht der weitere Unterschied, daß im ersten die Schrift immer die gleiche Kraft hat, sollte sie auch durchstrichen sein, weil es zur Befreiung des Schuldners genügt, wenn solche durch den Gläubiger in irgend einem Zeitpunkte ausgesprochen wurde; während die Ausstreichungen im zweiten Fall die Schrift wirkungslos machen würden, da sie der Unterstellung Raum geben, daß sie nur in der Hoffnung einer Zahlung, die nicht erfolgt ist, beigesetzt wurde.

Die Schriften, welche auf der Rechtsurkunde einer Forderung beigefügt sind und eine neue Forderung ausdrücken, ohne eine zweite Unterschrift zu bieten, können dann Beweis liefern, wenn sie mit dem Akt in inniger Verbindung stehen, so daß das Ganze als ein einziger Akt betrachtet werden kann, auf dessen Ganzes die Unterschrift sich bezieht. Andernfalls geben sie nur den Anfang eines schriftlichen Beweises ab (Art. 1332, 1347, Zach. §. 754.).

III. Von den Kerbhölzern.

155. — Das Beweismittel der sogenannten Kerbhölzer, hauptsächlich bei den Bäckern gebräuchlich, ist eine Art schriftlichen Beweises, und behält folglich seine Kraft, sogar über den Betrag, über welchen hinaus, wie wir bald sehen werden, das Gesetz einen Zeugenbeweis nicht mehr zuläßt (Art. 1341).

Wenn das Probeholz mit dem Kerbholz übereinstimmt, dann genießt dieses Glauben bezüglich der Menge der Waaren, die somit bewiesen erscheint. Wenn das Probeholz weniger Einschnitte als das Kerbholz zeigt, dann ist die Lieferung nur bis zum Belaufe der Zahl der Einschnitte, welche beiden Hälften gemein ist, erwiesen, und die Einschnitte, welche sich nicht auf dem Probeholz befinden, gelten geradezu für Nichts. Ebenso ist es, wenn das Probeholz mehr Einschnitte als das Kerbholz zeigt, weil das Kerbholz und das Probeholz einander entsprechen müssen.

Das Kerbholz, das der Lieferant vorlegt, verliert alle Beweiskraft, wenn der Consument behauptet, es habe nie ein Probeholz bestanden und man habe ihm Nichts geliefert, oder die Lieferungen seien baar bezahlt worden. In der That verdient ein derartiges Kerbholz ohne Probeholz offenbar weniger Glauben als regelmäßig geführte Bücher; man kann also bei dem Stillschweigen des Gesetzes ihnen die Wirkung nicht beilegen, welche es diesen Büchern verleiht, daß nämlich der Erfüllungseid zugelassen werden darf (Art. 1329, 1367). Wenn dieses Probeholz nicht vorgelegt wird, während sein früheres Bestehen bewiesen oder zugestanden ist, dann muß das Kerbholz Beweis liefern (sofern nicht die Arglist des Lieferanten erwiesen wird); denn alsdann ist der Consument im Verschulden, wenn er sich nicht unmittelbar nach dem Verlust seines Probeholzes bei dem Lieferanten eingestellt hat, um seine Rechnung abzuschließen und ein neues Kerbholz anzufangen (Art. 1333, Zach. §. 755.).

IV. Von den Abschriften der Urkunden.

156. — Die Abschrift einer Urkunde, d. h. eines öffentlichen Akts, ist an sich Nichts und zieht ihre Beweiskraft nur aus der Urschrift selbst. Die Vorlage dieser Urschrift kann daher immer verlangt werden, und das Gesetz knüpft dieses Recht, sie zu verlangen, nur an die einzige, durch die Natur der Sache gebotene Voraussetzung, nämlich daß diese Urschrift noch besteht. Wenn die Urschrift noch vorhanden ist und ein Theil verlangt deren Vorlage, dann beweist die Abschrift Nichts mehr, und es ist nicht erforderlich, gegen sie irgend einen besonderen Verdachtsgrund anzuführen. Von dieser Regel machen nur die Auszüge aus den bürgerlichen Standesbüchern eine Ausnahme (Art. 45, 1334).

Nach dem Verluste der Urschrift, der vom Kläger zu beweisen ist (welcher in dieser Beziehung nur darzuthun hat, daß die Urschrift nicht mehr in dem Gewahrsam ist, wo sie sein sollte, und daß es keine Spur ihres anderweitigen Vorhandenseins gibt), hat die Abschrift, die von einem öffentlichen Beamten davon genommen wurde, je nach den Umständen mehr oder weniger Kraft.

Sie hat in drei Fällen gleiche Beweiskraft, wie die Urschrift selbst: — 1. wenn diese Abschrift eine Ausfertigung (mit oder ohne die formule exécutoire) ist. Die Kürze der Zeit, welche zwischen der Aufnahme des Aufsatzes und der Ausfolgung der Ausfertigung liegt, gewährt dem Gesetzgeber eine hinreichende Bürgschaft für

deren Gleichlaut; — 2. wenn die Abschrift von der Urschrift durch den aufbewahrenden Beamten auf gerichtliche Weisung, in Gegenwart oder auf vorgängige Ladung der Betheiligten gefertigt wurde, oder wenn dieß zwar ohne obrigkeitliche Weisung, aber in Gegenwart und im Einverständnisse der verschiedenen Betheiligten geschah; — 3. wenn die Abschrift von der Urschrift zwar außer den genannten Umständen, aber doch durch den Beamten genommen wurde, welcher das Original gesetzlich aufzubewahren hatte und sie ein älteres als dreißigjähriges Datum hat; weil man sich gewiß keinen Anlauf von dreißig Jahren nimmt, um sich eine falsche Rechtsurkunde zu verschaffen (Art. 1335).

157. — Außer den drei genannten Fällen kann jede Abschrift des Aufsatzes nur als Anfang eines schriftlichen Beweises dienen. Diese zweite Regel umfaßt zunächst die Abschriften, welche ein öffentlicher Beamter, der nicht der gesetzliche Aufbewahrer des Aufsatzes ist, ausfolgt, ihr Alter mag sein, welches es will; und ferner jede Abschrift, die, ohne eine Ausfertigung zu sein, und ohne auf Weisung des Gerichts und in Gegenwart oder auf Ladung der Betheiligten genommen worden zu sein, es doch durch den gesetzlichen Aufbewahrer wurde, aber seit weniger als dreißig Jahren.

Die Abschriften von Abschriften können nur, je nach den Umständen, als einfache Nachweisungen dienen, d. h. den Richter zur Auferlegung des Erfüllungseides ermächtigen, wenn ihm die Vermuthung, welche aus der vorgelegten Abschrift entspringt, dazu stark genug scheint (ibid.).

158. — Abweichend von dem Grundsatze, der die Kraft des Anfangs eines schriftlichen Beweises nur der Urkunde, welche von dem Gegentheile ausgegangen ist, oder höchstens noch den Abschriften von den Urschriften und nicht den Abschriften von Abschriften beilegt, macht das Gesetz aus der Transcription in die Bücher der Hypothekenbewahrer einen Anfang schriftlichen Beweises, aber nur unter zwei ebenso weisen als strengen Voraussetzungen: die erste besteht darin, daß erwiesen sein muß, daß alle Aufsätze des Notars aus dem Jahre, in welchem die Urkunde anscheinend errichtet worden war, verloren sind, oder daß nachgewiesen wird, daß der Verlust des Aufsatzes dieser Urkunde durch einen besonderen Zufall herbeigeführt worden ist; die zweite besteht darin, daß ein regelrechtes Verzeichniß des Notars vorhanden sein muß, welches darthut, daß die Urkunde unter dem gleichen Datum abgefaßt wurde. Das Gesetz schreibt außerdem vor, daß im Falle der Zulassung des

Zeugenbeweises unter Zeugen immer die gemeint sind, welche Zeuge der Urkunde waren, wenn sie noch leben (Art. 1336).

Die bloße Einregistrirung kann nicht die gleiche Wirkung wie die Transscription hervorbringen. Denn das Gesetz spricht nicht davon, und was es von der Transscription sagt, ist schon eine Ausnahme. Ferner hat die Einregistrirung weniger Geltung als die Transscription, weil diese die unveränderte Wiedergabe der Urkunde ist, während die Einregistrirung nur eine summarische Erwähnung derselben darbietet (ibid Zach. §. 756.).

V. Von Anerkennungsurkunden. [1])

159. — Unter einer anerkennenden Urkunde versteht man diejenige, welche, indem sie sich auf einen älteren Schriftsatz bezieht, den Willen darthut, die Rechte aufrecht zu erhalten, die in dieser ersten Urkunde enthalten sind, als welche in Bezug auf sie den Namen einer ursprünglichen Urkunde führt.

Da die Anerkennungsurkunde die Aufrechterhaltung des früheren Standes der Dinge und nicht die Schaffung eines neuen Standes derselben bezweckt, so ist es ganz vernünftig, wenn man mit dem Gesetzbuche sagt, daß das, was der neue Titel Verschiedenes von dem zugleich mit aufgeführten ursprünglichen Rechtstitel enthält, ohne Wirkung bleibt. Weit entfernt ist aber das Gesetz, gleich gerecht zu sein, wenn es erklärt, daß die anerkennende Urkunde, welche den Wortlaut der ursprünglichen Urkunde nicht wiedergibt, Nichts beweise, und somit den Gläubiger, der diesen ursprünglichen Rechtstitel nicht beizubringen vermag, in die Unmöglichkeit versetze, sein Recht geltend zu machen. Diese Verfügung hat auch keinen andern Grund, als einen materiellen Irrthum, den sich Pothier zu Schulden kommen ließ, indem er diese, angeblich von Dumoulin ausgesprochene, ebensosehr der Gelehrsamkeit des großen Rechtslehrers, als der Vernunft selbst widerstreitende Ansicht, aufgestellt hat.

Und indem unsere Redactoren diese befremdende Lehre Pothier's (von der sie glaubten, sie sei auch die von Dumoulin) aufnahmen, giengen sie noch über die Ansicht des Rechtslehrers von Orleans hinaus; denn Pothier legt der anerkennenden Urkunde wenigstens dann Beweiskraft bei, wenn sie schon alt ist und ent-

---

[1]) Wohl zu unterscheiden von der Bestätigung. S. Nr. 129 ff. Zach. §. 339.

weder von dem Besitze oder einer oder mehreren anderen mit ihr übereinstimmenden anerkennenden Urkunden begleitet ist, während das Gesetzbuch diese Wirkung nur einer alten Urkunde beilegt, die zugleich vom Besitze und einer andern übereinstimmenden Urkunde begleitet ist. Die Urkunde wird für eine alte angesehen, welche über dreißig Jahre alt ist (Art. 1337 arg. Art. 2241).

160. — Immerhin und so wenig diese Regeln auch der Vernunft entsprechen mögen, muß man sie befolgen: dura lex, sed lex. Unzulässig ist die Unterscheidung zwischen dem Fall, wo die Anerkennung dem Schuldner selbst und dem, wo sie dessen Gläubiger entgegen steht, um zu behaupten, die Wiedergabe des Wortlauts dieser ursprünglichen Urkunde sei nur in diesem letzteren Falle unumgänglich; denn weder macht, noch gestattet das Gesetz eine Unterscheidung. Gleich unrichtig ist die Behauptung, es genüge an der summarischen Erwähnung des Wesens dieser ursprünglichen Urkunde; denn sowohl aus dem Wortlaute des Gesetzes selbst, als aus der Verbindung der Verfügungen desselben und der Vergleichung der Regeln des Code mit jenen Pothier's (welche man noch verschärft hat, anstatt sie zu mildern), leuchtet deutlich hervor, daß das Gesetz positiv die Einführung ad longum des ganzen Inhalts des Rechtstitels verlangen will: inserto toto tenore tituli. Es liefert also die Anerkennung einer schon durch eine Urkunde erwiesenen Schuld nur dann Beweis, wenn damit eine vollständige Abschrift dieser Urkunde verbunden ist, oder wenn sie älter als dreißig Jahre ist und zugleich durch den Besitz und eine oder mehrere übereinstimmende Anerkenntnisse unterstützt wird (ibid.).

Uebrigens ist die Ansicht, daß die ursprüngliche Urkunde, so wie sie vorgelegt wird, der oder den anerkennenden Urkunden immer vorgehe, nur in Bezug auf das richtig, was die Anerkenntnisse m e h r enthalten; denn in dem, was sie w e n i g e r enthalten, und was die Verbindlichkeit weniger lästig macht, kann die ursprüngliche Urkunde allerdings kraftlos sein: in dem Falle nämlich, wo eine Verjährung vorliegt. — Bemerkt muß noch werden, daß die obigen Regeln ausschließlich nur wegen der Urkunden gegeben wurden; welche in Wirklichkeit nur anerkennende sind: so daß, wenn trotz der der Urkunde gegebenen Bezeichnung der Richter im einzelnen Falle erkennt, daß die Betheiligten über einen oder mehrere Punkte etwas Neues haben eingehen wollen, die Urkunde ein ursprünglicher Rechtstitel ist, und diese Regeln weiter keine Anwendung finden. — Da diese Regeln endlich eine der Vernunft

und Billigkeit wenig entsprechende Ausnahme von den allgemeinen Prinzipien bilden, so können sie nur in dem von dem Wortlaut des Gesetzes ausdrücklich vorgesehenen Falle Anwendung finden, d. h. bei den rein persönlichen und nicht bei den dinglichen Rechten: diese Ansicht, die schon darin, daß in diesen Regeln die Eigenschaft einer tiefgreifenden Ausnahme liegt, ihre Rechtfertigung findet, scheint ferner noch aus den Bestimmungen des Titels von den Dienstbarkeiten hervorzugehen (ibid. und Art. 695, 2263; Zach. §. 338 und 250 Not. 9).

II. Abschnitt.

Von dem Zeugenbeweise.

161. — Die Besorgniß vor Bestechung der Zeugen und zugleich der Wunsch, die Zahl der Prozesse zu beschränken, führen, als allgemeine Regel und vorbehaltlich einiger Ausnahmen, das Verbot des Zeugenbeweises herbei. Im ersten Absatze wollen wir das Verbot beleuchten, und uns dann im zweiten mit den Ausnahmen, welche es zuläßt, beschäftigen (Einl. Bemerk. zu Art. 1341).

I. Verbot des Zeugenbeweises.

162. — Das Gesetzbuch stellt hier zwei Grundsätze auf. — Der erste besteht darin, daß eine Thatsache, die ein höheres Interesse als von 150 Frs. darstellt, nie durch Zeugen bewiesen werden kann (s. Art. 1715 und 1834). — Der zweite besteht darin, daß der Zeugenbeweis gleichfalls bei einer Thatsache verboten ist, deren Interesse weniger als 150 Frs. beträgt, wenn es sich darum handelt, den Inhalt einer Urkunde zu bestreiten oder darüber hinaus zu gehen. Sobald sich die Betheiligten die Mühe genommen haben, eine Urkunde aufzunehmen, um die Thatsache richtig zu stellen, kann der Inhalt dieser Schrift nur durch eine andere Schrift modificirt werden.

Uebrigens ist es durch diesen zweiten Grundsatz nicht untersagt, behufs der Auslegung des Geschriebenen auf den Zeugenbeweis zu greifen; denn damit offenbart man nicht den Willen, ein Geding abzuändern, daß man dessen Sinn und Bedeutung gehörig zu fassen sucht. Eben so wenig ist es untersagt, durch Zeugen jede Thatsache zu beweisen, die in einem innigen Bezuge auf das steht, was die Urkunde richtig stellt und einen mehr oder weniger bedeutenden Einfluß darauf hat. Wenn z. B. eine Urkunde darthut, daß Du

mir 100 Frs. geliehen hast, dann kann ich füglich durch Zeugen beweisen, daß ich Dir diese 100 Frs. zurückgegeben habe; denn die von mir behauptete Zahlung enthält keinen Widerspruch der Erklärung des Schriftsatzes: das Zeugniß ist nur dann verwerflich, wenn die Behauptung darauf abzielt, den Stand der Dinge, wie ihn die Urkunde konstatirt, einzuschränken, auszudehnen oder sonst wie abzuändern. Wenn die behauptete Thatsache nur zu dem Ende eintrat, um den Stand der Dinge abzuändern, dann ist es in der That nicht glaublich, daß man diese Dinge in der Weise geändert habe, ohne die Schrift zu ändern, welche man zum Beweise jener aufbewahrte; wenn aber die behauptete Thatsache den früheren Stand der Dinge aufgehoben hatte, dann handelt es sich nicht mehr um die Behauptung, daß die Schrift unrichtig oder unvollständig abgefaßt sei, es handelt sich um eine absolut neue Sache, bezüglich deren es den Betheiligten frei stand, entweder eine andere Urkunde aufzunehmen oder sich mit Zeugen zu begnügen, weil es sich um weniger als 150 Frs. handelte (Art. 1341).

163. — Die Strenge des Gesetzes ist bei diesem Verbote des Zeugenbeweises so groß, daß es nicht einmal erforderlich ist, um dem ersten der angegebenen Grundsätze Eingang zu verschaffen, daß das Interesse im Augenblicke seiner Entstehung höher war; es genügt in dieser Beziehung, wenn der Werth des geforderten Gegenstandes gegenwärtig diesen Betrag übersteigt. So ist z. B. der Zeugenbeweis bei einem Kapital unzulässig, das an sich geringer als 150 Frs. ist, wenn die im Augenblicke der Klage verfallenen Zinsen den Betrag der schuldigen Summe über diese Ziffer hinaufbringen. Wenn das Gesetz zugab, die Bestechung der Zeugen sei bei einem Interesse, das 150 Frs. übersteigt, zu fürchten, so mußte es diese Zeugen in allen Fällen beseitigen, wo es sich im einzelnen Falle um einen Werth handelt, der dieses Maß übersteigt: es war Sache des Gläubigers, in dem Augenblick, wo seine Forderung diese Ziffer erreichte, eine Urkunde zu verlangen (Art. 1342).

Ebenso und aus dem nämlichen Grunde ist ferner das Zeugniß unzulässig, wenn die Forderung mehrere Gegenstände umfaßt, die in ihrer Vereinigung diesen Werth von 150 Frs. übersteigen, wenn auch die Forderungen zu verschiedenen Zeiten und aus verschiedenen Ursachen entstanden sind. Nur dann verhält es sich anders, wenn die Forderungen bei verschiedenen Personen entstanden sind und sich dann durch Erbgang oder sonst wie in einer ein-

zigen Person vereinigt haben. In diesem Fall war es dem Gläubiger natürlich unmöglich, sich in dem Augenblick einen schriftlichen Beweis zu verschaffen, wo die Vereinigung der Forderungen die bestimmte Gränze überstieg. — Das ist der einzige Ausnahmsfall, und die Regel fällt bei den Forderungen nicht hinweg, welche nach einander, aber bei einer und derselben Person entstanden sind, und nachher unter die verschiedenen Erben dieser Person vertheilt oder sogar von dieser Person an andere Personen, von denen jede eine der Forderungen erhält, vermacht oder sonst wie übertragen werden. Von der einen Seite kann natürlich ein Forderungsrecht nicht darum kräftiger oder günstiger werden, daß es von einer Person an eine andere übertragen wird: der Cessionar kann kein stärkeres Recht haben, als das des Cedenten ist; und von der andern Seite konnte das Gesetz ein solches Resultat nicht gestatten, ohne sein ganzes System umzuwerfen. Denn wenn es für den, der eine Forderung hat, die viel höher ist als 150 Frs., sehr leicht war, bestochene Zeugen aussagen zu lassen, daß diese Forderung sich aus mehreren kleinen Forderungen gebildet habe, so war es ihm eben so leicht, die Rückzahlung dieser Forderung in Abtheilungen von mehreren Cessionaren verfolgen zu lassen, von denen jeder diese gefälligen Zeugen, welche das Gesetz fürchtet, erklären ließe, es handle sich um eine kleine Forderung, die von den andern verschieden sei. — Also nur wenn die Forderungen, die niederer als 150 Frs. stehen, bei verschiedenen Personen entstanden sind, und sich dann auf einen Kopf vereinigen, fällt unsere Regel weg; und außerdem wird der Zeugenbeweis mit dem Augenblick unzulässig (und bleibt für die Zukunft unzulässig, trotz jeder späteren Theilung, wie wir unter der folgenden Nummer sehen werden), wo die vereinigten Forderungen 150 Frs. übersteigen (Art. 1345).

Um den Vollzug dieser Regel mehr sicher zu stellen (und auch um so viel als möglich die Zahl kleiner Prozesse zu beschränken), verlangt das Gesetz, daß alle Anforderungen, welche nicht durch Urkunden, und zwar ganz durch Urkunden, bewiesen werden können, zu gleicher Zeit und in einer Klage geltend gemacht werden müssen, wobei dem Richter befohlen ist, diejenigen abzuweisen, welche ihm später unterbreitet werden mögen. Es ist wohl zu bemerken, daß diese strenge Regel nicht nur für den Fall gegeben ist, wo die Forderungen zusammen den Betrag von 150 Frs. übersteigen; sondern sie ist es auch und ohne Unterschied für den Fall, wo sie bei dieser Vereinigung unter diesem Betrage bleiben, weil das Gesetz

hier nicht bloß beabsichtigt, Zeugen zurückzuweisen, deren Bestechung es fürchtet, sondern auch eine raschere Erledigung der Geschäfte dadurch erwirken will, daß es mehrere Prozesse in einen vereinigt. Aus diesem Grunde findet die Regel selbst dann ihre Anwendung, wenn der Zeugenbeweis unbedingt zulässig ist, d. h. bei Forderungen, die sich auf einen Anfang eines schriftlichen Beweises stützen, oder von verschiedenen Personen herrühren, oder die überhaupt aus irgend einem anderen Grunde nicht unter das Verbot des Zeugenbeweises fallen (Nro. 165): in der nämlichen Klage müssen zugleich, unbedingt und ohne Unterschied, alle die Forderungen geltend gemacht werden, welche nicht in dem Stande sind, ganz durch Urkunden bewiesen zu werden. — Der gesunde Menschenverstand sagt es übrigens deutlich (obgleich man schon das Gegentheil gelehrt hat), daß die Regel auf die Rechte keine Anwendung findet und finden kann, welche erst nach Erhebung der Klage entstanden sind: das Gesetz konnte nicht von dir verlangen, daß du zur Zahl deiner Anforderungen die eines Rechtes rechnest, welches du nicht hattest! Eben so wenig findet sie auf solche Rechte Anwendung, die zwar schon bestehen, aber noch nicht einklagbar sind. Sie hätte sich bis auf diese ausdehnen können; das Gesetz hätte verlangen können, daß man beim Einklagen der andern Rechte sich angelegen sein lasse, zwar nicht auch *einzuklagen* (das wäre unmöglich), aber doch die noch nicht einklagbaren Rechte *anzudeuten*: das Gesetz hätte es thun können, aber es thut es nicht, und seine Bestimmung ist gewiß zu streng, als daß es erlaubt wäre, darüber hinauszugehen (Art. 1346).

164. — Wir haben gesehen, daß der Zeugenbeweis verboten ist, wenn das Recht, das in seiner Entstehung unter 150 Frs. beträgt, im Augenblick über dieser Ziffer steht. Auch umgekehrt ist es so, wenn dieses Interesse, das im Augenblick niederer als das angegebene Maß steht, ursprünglich diese Gränzlinie überschritt.

So kann der, welcher zuerst mehr als 150 Frs. gefordert hatte, nicht darum zum Zeugenbeweis zugelassen werden, weil er seine Forderung auf diese Ziffer herabsetzt, so fern übrigens die erste Ziffer nicht bloß aus Irrthum angegeben wurde und das Recht nicht wirklich unter 150 Frs. stand (Art. 1343).

Sogar in dem Falle tritt das Verbot ein, wo man nur 150 Frs. oder weniger verlangt hatte, wenn nachgewiesen wird, daß das Recht in der Wirklichkeit über diesem Maße stand; wie es auch auf den Fall Anwendung findet, wo die in den gesetzlichen

Gränzen geforderte Summe der Rest einer diese Gränzlinie übersteigenden Summe ist. — In allen diesen möglichen Fällen war der Kläger dem Prinzip nach verpflichtet, sein Recht schriftlich zu beurkunden; er hat also dem Gesetze entgegen gehandelt und wird dafür bestraft, trotz der Minderungen, die sein Recht erlitten haben mag, oder welche es ihm beliebt, sich selbst aufzuerlegen (Art. 1344, Zach §. 757, 758, 759, 306.).

II. Ausnahmen von dem Verbote.

165. — In den folgenden vier Fällen ist der Zeugenbeweis zulässig, obgleich es sich um ein Interesse handelt, das höher ist als 150 Frs., oder um eine Behauptung, die darauf abzweckt, den Inhalt einer Urkunde zu bestreiten oder auszudehnen.

— 1. Wenn ein Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist (Art. 324, 1335 u. s. w.).

Das Gesetzbuch anerkennt den Anfang eines schriftlichen Beweises nur in einer solchen Schrift, welche von demjenigen ausgeht, welchem man sie entgegenhält (vorbehaltlich der in Nro. 158 angegebenen Ausnahme), und welche außerdem die behauptete Thatsache wahrscheinlich macht. — Zunächst muß die Schrift vom Gegentheile ausgehen. Man kann ihn z. B. zum Vortheile eines angeblichen Gläubigers nicht in den Quittungen sehen, die von ihm ausgegangen sind; noch, so lange nicht deren Aechtheit in den Quittungen dargethan ist, in der Privaturkunde, welche der Gegentheil abläugnet oder nicht kennen will, weil man nur durch diesen Aechtheitsbeweis erfährt, ob die Urkunde von ihm herrührt oder nicht (Art. 1323, 1324). Uebrigens kann eine Schrift von einer Person ausgehen, ohne von ihr unterschrieben zu sein (wie wir oben bei den Hausbüchern und Schriften gesehen haben), oder ohne von ihrer Hand herzurühren (weil ihr die Unterschrift folgt, wodurch sie sich dieselbe zu eigen gemacht hat), oder sogar ohne von ihr verfaßt oder unterschrieben zu sein (wo es sich um eine Urkunde handelt, die ein Beamter aufgenommen hat, der den Auftrag hat, die Erklärungen der Person zu beurkunden). — Sodann ist erforderlich, daß die Urkunde die Behauptung wahrscheinlich macht. Dieser letztere Punkt ist offenbar ein Erwägen der Thatumstände, welches den Gerichten überlassen ist (Art. 1347, Zach. §. 760).

166. — 2. Wenn es dem Kläger unmöglich gewesen ist, sich einen schriftlichen Beweis zu verschaffen.

Diese Ausnahme ist von dem Gesetze für Verbindlichkeiten gegeben, welche aus Quasicontracten, Vergehen oder Versehen entspringen (Art. 1382 ff.); man darf aber ja nicht glauben, daß jede Verbindlichkeit, die aus einer dieser drei Quellen entspringt, immer durch Zeugen bewiesen werden könne. Die hier geltende Regel, welche man weder ausdehnen, noch einschränken darf, besteht darin, daß die Unmöglichkeit, sich die Urkunde zu verschaffen, vorgelegen sein muß. Derjenige z. B., welcher die Zahlung zur Ungebühr von einer Summe von mehr als 150 Frs., behufs der Rückforderung dieser Summe, beweisen will, kann es nur durch eine Urkunde thun, obgleich es sich um einen Quasicontract handelt, weil es für ihn sehr leicht war, sich eine Quittung für die Summe, welche er hingab, ausstellen zu lassen.

Diese Ausnahme tritt auch bei nothgedrungenen Hinterlegungen, d. h. bei solchen ein, zu denen man entweder durch eine physische Nothwendigkeit (die sich aus einer Feuersbrunst, einem Schiffbruch, einer Ueberschwemmung oder anderen Zufällen ergibt), oder durch eine moralische Nothwendigkeit (wie in dem Falle, wo Reisende in einem Gasthof einkehren) gezwungen wurde (Art. 1949, 1950, 1952). — Sie tritt in gleicher Weise in allen andern Fällen ein, in welchen die Abfassung unmöglich befunden wurde; ich kann z. B. durch Zeugen beweisen: den Irrthum, Zwang oder Betrug, von dem ich behaupte, er habe mich bestimmt, den und den Vertrag einzugehen, oder das und das Rechtsgeschäft, oder die und die Handlung vorzunehmen; denn ich konnte mir weder über den Betrug, den man mir spielte, noch über den Zwang, dessen Opfer ich wurde, noch über den Irrthum, in welchem ich mich befand, eine schriftliche Beurkundung geben lassen. Auf diese Weise kann man aber weder den Vertrag, noch jede andere Thatsache beweisen, die man aus dem Irrthum, Zwang oder Betrug herleitet, und von denen der Gegentheil behauptet, sie hätten gar nicht bestanden, weil hier keine Unmöglichkeit vorlag, diesen Vertrag schriftlich beurkunden zu lassen (Art. 1353).

Während in gleicher Weise der Zeugenbeweis der Simulation eines Rechtsgeschäfts ganz füglich durch den Dritten geliefert werden kann, welchem das Rechtsgeschäft schadet, weil für ihn die Unmöglichkeit vorlag, sich einen schriftlichen Beweis dieser Simulation zu verschaffen, so kann dieß im Allgemeinen nicht durch denjenigen geschehen, welcher bei dem Rechtsgeschäfte mitgewirkt hat, und somit einer der Urheber der Simulation ist, denn ihm war

es leicht, sie schriftlich beurkunden zu lassen. Anders verhält es sich jedoch, und die Partei selbst muß als Zeuge zugelassen werden, wenn die Simulation eine Umgehung des Gesetzes verdeckt, d. h. wenn sie ein, als der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufend, verbotenes Rechtsgeschäft bemäntelt. Wer durch seine Stellung gezwungen mit einem Andern ein ähnliches Rechtsgeschäft eingeht, kann von diesem nicht verlangen, die Wahrheit der Vorgänge zu beurkunden, und er befindet sich mithin in einer Art moralischer Unmöglichkeit, sich einen schriftlichen Beweis zu verschaffen (Art. 1348, Zach. §. 761 und 35, Not. 5 und 6).

167. — 3. Wenn es dem Kläger unmöglich gewesen ist, die Schrift, welche er sich verschafft hatte, zu behalten.

Der Kläger muß hierbei durch Zeugen dreierlei beweisen: — 1. daß er eine Rechtsurkunde besaß, welche sein Recht darthut; — 2. daß er das Opfer eines bestimmten Ereignisses höherer Gewalt geworden; — 3. daß dieses Ereigniß ihm jene Rechtsurkunde weggenommen hat. — Begreiflicher Weise läßt es die Macht der Dinge selbst nicht zu, bezüglich des Beweises dieses dritten Punktes besonders streng zu sein. Anders verhält es sich aber mit dem zweiten, und der Eintritt einer höheren Gewalt, deren Opfer man geworden zu sein behauptet, muß in einer ganz bestimmten Weise, die keinerlei Zweifel übrig läßt, nachgewiesen werden; denn diese verschafft der Ausnahme den Eingang. Bezüglich des ersten Punktes, nämlich der früheren Existenz des Rechtstitels, ist es im Allgemeinen nicht nothwendig, wie häufig gelehrt wird, daß die Zeugen, welche darüber aussagen, die Urkunde gelesen haben und deren Inhalt wiedergeben: so bald sich aus ihren Angaben ergibt, daß ein Schriftsatz über einen gewissen Vertrag, oder eine gewisse andere Thatsache in Wirklichkeit aufgenommen worden war, so ist Alles vorhanden, was bei den gewöhnlichen Fällen erfordert wird. Die genaue Angabe des Inhalts dieser Schrift ist nur da erforderlich, wo es sich um eine Urkunde handelt, die ihre Geltung nur durch das Einhalten gewisser Förmlichkeiten empfängt; die Zeugen müssen hier im Stande sein, die Erfüllung dieser Förmlichkeiten zu versichern, sowie das Zusammentreffen der verschiedenen zur Gültigkeit vorgeschriebenen Voraussetzungen. — Auf flacher Hand liegt es übrigens, daß man niemals zum Nachweis eines dieser drei Punkte, so wenig des ersten, als der zwei anderen, einer Urkunde bedarf, welche Beweis oder den Anfang eines Beweises liefert: das ist offenbar, weil eine derartige Ansicht (die jedoch in einem Ur-

theile des Kassationshofs ausgesprochen wurde) dahin führen würde, daß derjenige, welcher einen Vertrag abschließt, dessen Gegenstand über 150 Frs. beträgt, zuerst eine Urkunde abfassen müßte, die diesen Vertrag zu beweisen bestimmt ist, dann noch eine zweite, um die Existenz der ersten für den Fall nachzuweisen, daß diese verloren gehen sollte! ... (Art. 1348, Zach. §. 761 und 647, Not. 2.).

168. — 4. Wenn Handelssachen in Frage stehen.

Diese letzte Ausnahme gilt zwar unbestritten, so weit es sich um das Verbot des Zeugnisses bei mehr als 150 Frs. handelt, aber darüber herrscht Streit, ob sie in Bezug auf den Grundsatz auch gilt, der den Zeugenbeweis über oder gegen den Inhalt einer Urkunde verbietet. Die bejahende Antwort ergibt sich zur Genüge aus den Bestimmungen des bürgerlichen und des Handelsgesetzbuches sowohl, als aus den Vorarbeiten und den Gebräuchen unseres früheren Rechts. Mit Recht hat sich auch die Mehrheit der Schriftsteller und der Kassationshof dafür entschieden (C. de c. Art. 40, 41, 49, 109).

Diese vier Ausnahmen sind übrigens die einzigen, welche das Gesetz kennt, und die, welche man daraus herleiten will, daß der in die Abhör der Zeugen einwilligt, gegen welchen der Beweis geführt werden soll, ist schon durch das Stillschweigen des Gesetzbuchs (weil es sich eben gerade um eine Ausnahme handelt) verworfen, und noch mehr durch den Geist und den Wortlaut des Gesetzes (Zach. §. 758 Not. 2). Durch den Geist desselben, weil es (wenigstens so weit es sich um die Beschränkung der Zahl der Prozesse handelt) ein Verbot betrifft, das im öffentlichen Interesse gegeben ist, und das man somit nicht durch Vertrag abändern kann (Art. 6); durch den Wortlaut selbst, weil der Grundsatz nicht als eine dem Gegner des Klägers vorbehaltene Befugniß aufgenommen ist, sondern als ein an die Behörden selbst gerichtetes Verbot, keinen Zeugenbeweis außer in den angegebenen Fällen zuzulassen (Art. 1341 und 1348).

III. Abschnitt.

Von den Vermuthungen.

169. — Eine Vermuthung ist ein Conjectural-Schluß aus einer bekannten Thatsache auf eine unbekannte. Sie wird entweder von den Behörden oder von dem Gesetze selbst gezogen; und im letzten Falle hat sie, obgleich sie immer nur eine Muthmaßung ist,

die sehr leicht der Wirklichkeit der Dinge widerstreiten kann, in rechtlicher Hinsicht eine sehr wirksame beweisende Kraft.

Die vom Richter gezogenen Vermuthungen führen den Namen praesumptiones facti oder hominis. Die vom Gesetzgeber selbst aufgestellten heißen praesumptiones legales oder juris, und zerfallen in absolute und einfache: die ersteren werden häufig praesumptiones juris et de jure, die anderen praesumptiones juris tantum genannt.

Wir haben uns in drei Paragraphen nach einander zu beschäftigen: — 1. mit den absoluten Rechtsvermuthungen; — 2. mit den einfachen Rechtsvermuthungen; — 3. mit den thatsächlichen Vermuthungen.

I. Von den absoluten Rechtsvermuthungen.

170. — Eine absolute gesetzliche Vermuthung ist diejenige, auf welche hin das Gesetz die Richtigkeit eines Rechtsgeschäfts ausspricht, oder eine peremtorische Einrede gegen die gerichtliche Klage gewährt. Der juristische Beweis, der sich aus einer solchen Vermuthung ergibt, ist im Allgemeinen unüberwindlich und kann durch keinerlei Gegenbeweis umgestoßen werden: ausnahmsweise ist es zuweilen anders, aber so lautet die Grundregel.

Wenn also das Gesetz ein Rechtsgeschäft für nichtig erklärt, weil es nach der Natur dieses Rechtsgeschäfts unterstellt, es sei zur Umgehung seiner Verfügungen abgeschlossen, dann ist es nicht erlaubt, zu beweisen, daß die Unterstellung im vorliegenden Falle falsch und das Rechtsgeschäft kein fraudulöses sei (z. B. Art. 502, 911, 1099, 1100, 1597). Ebenso ist der Beweis der Unrichtigkeit der Vermuthung dann unzulässig, wenn das Gesetz, in Folge dieser Vermuthung, die gerichtliche Klage Jemanden versagt, d. h. den Gegner ermächtigt, die Klage dieses Jemand durch eine auf diese Vermuthung gegründete Einrede zurückzuweisen (Art. 1352).

Wenn aber die absolute Vermuthung der Regel nach in dem Sinne nicht angefochten werden kann, daß der Beweis ihrer Unrichtigkeit nicht gestattet wird, so ist es auf der anderen Seite klar, daß der Beweis, daß die Vermuthung im einzelnen Falle nicht Platz greife, daß der Kläger sich nicht in der Lage befinde, für welche die Vermuthung eingeführt wurde, unbedingt statthaft ist. Diese Ansicht ist so augenscheinlich, so durch die gesunde Vernunft geboten, daß es unbegreiflich ist, wie sie hat verneint werden können. Uebrigens liegt nicht dem, welchem man diese Vermuthung

entgegen hält, der Beweis ob, daß sie nicht zu Gunsten seines Gegners existire; sondern der, welcher sich darauf beruft, hat zu beweisen, daß sie vorhanden ist, und zwar mit den Erfordernissen vorhanden ist, unter welchen sie das Gesetz zuläßt (ibid.).

171. — Obgleich die absolute gesetzliche Vermuthung, so wie ihre Existenz bewiesen wird, der Regel nach unüberwindlich ist, so kann sie doch durch Einreden bekämpft und ihre Falschheit in gewissen besonderen Fällen, wo eine ausdrückliche Verfügung des Gesetzes den Gegenbeweis zuläßt, nachgewiesen werden. So kann z. B. die Vermuthung der Vaterschaft des Ehemannes durch diesen Ehemann bestritten werden, wenn er sich in den besonderen Verhältnissen befindet, welche das Gesetz voraussetzt (Art. 312, 313, s. auch Art. 472, 502, 654, 666 ꝛc.).

Außer den Fällen, wo der Gegenbeweis vom Gesetze ausdrücklich zugelassen wird, kann die absolute Vermuthung nur durch das entgegengesetzte Geständniß dessen umgestoßen werden, der sich darauf berufen hat, oder durch den Haupteid (vom Geständnisse und dem Eide werden wir später sprechen), sofern eine Vermuthung in Frage steht, welche einzig im Privatinteresse der Betheiligten, und nicht in dem der öffentlichen Ordnung wegen eingeführt ist (Art. 6, 1352, 2279 ꝛc.).

Demnach können die absoluten gesetzlichen Vermuthungen nach der Wirksamkeit ihrer beweisenden Kraft in drei Klassen eingetheilt werden: Diejenigen, gegen welche eine besondere Bestimmung den Gegenbeweis in gewissen Fällen vorbehält; die, gegen welche dieser Gegenbeweis zwar nicht vorbehalten ist, die aber doch, weil sie nur das Sonderinteresse der Betheiligten betreffen, durch Geständniß oder Haupteid angefochten werden können; endlich diejenigen, welche im allgemeinen Interesse eingeführt sind, und vollkommen unüberwindlich bleiben. Unter den letzten nimmt die Vermuthung für die Wahrheit, welche das Gesetz an die gerichtlichen Entscheidungen knüpft, die erste Stelle ein. Diese Vermuthung, die unter dem Namen der Wirkung einer rechtskräftig entschiedenen Sache bekannt ist, muß hier den Gegenstand besonderer Erörterungen abgeben (Zach. §. 762, 766 ff.).

Von den Wirkungen einer rechtskräftig entschiedenen Sache.

172. — Einen der Grundpfeiler der gesetzlichen Ordnung enthält die gesetzliche Regel, wornach die Wahrheit einer jeden gerichtlichen Entscheidung vermuthet wird, so augenscheinlich und plump

auch der Irrthum des Richters in der Wirklichkeit sein mag; mit Recht wurde zu allen Zeiten der Grundsatz aufgestellt: Res judicata pro veritate habetur.

Die Frage, wann eine res judicata vorliege, ist gewiß eine sehr einfache, und dennoch bestritten. Der gesunde Verstand, im Einklange mit dem Gesetzestexte und nach dem Vorgange Pothier's, sagt deutlich, daß, sobald ein Urtheil gesprochen, sobald der streitige Punkt gerichtlich entschieden ist, eine res judicata vorliegt. Allerdings ist es häufig möglich, und zuweilen selbst sehr leicht, die Aufhebung dieses Urtheils zu erwirken und es durch ein widersprechendes Urtheil ersetzen zu lassen. Angefochten können die Urtheile werden, bald auf den sog. ordentlichen Wegen (das sind die Opposition und die Appellation), deren Wirkung darin besteht, daß sie die Sachen durch die bloße Anzeige des Rechtsmittels und ehe eine Verfügung darauf ergangen ist, zu streitigen machen, bald auf den außerordentlichen Wegen (wohin das Rechtsmittel der Kassation gehört), welche dem Urtheile seine volle Kraft bis zu dem Augenblicke lassen, wo die zuständige Behörde ihm solche entzieht. Wenn aber auch ein Urtheil unter Umständen mehr oder weniger leicht aufgehoben werden kann, wenn man auch in dieser Beziehung drei Klassen von Urtheilen unterscheiden muß (solche, die durch ein ordentliches; solche, die nur durch ein außerordentliches Rechtsmittel angefochten werden können; und solche, die gar kein Rechtsmittel zulassen), so ist es um Nichts weniger einleuchtend, daß, so lange der entschiedene Punkt entschieden bleibt, so lange die Sache nicht wieder in Frage gestellt wird, ein Urtheil vorliegt, der von dem Gerichte erlassene Ausspruch ist res judicata und muß somit pro veritate haberi (Zach. §. 769, Savigny, System §. 285). — Klar ist es übrigens, daß eine entschiedene Sache nur in dem verfügenden Theil des Urtheils, und nicht in dessen Gründen liegt (als welche hierbei nur zum Zweck der Erläuterung des Sinnes einer dunkeln Verfügung zu Rathe gezogen werden können); und nur in den Parthien dieses verfügenden Theils, welche diesen Namen in Wahrheit verdienen, indem sie den Streit entscheiden, und nicht in denen, welche nur bloße Anführungen enthalten (Sav. §. 291).

Jede Klage (mag sie von einem ursprünglichen Kläger oder von einem Beklagten herrühren, der erst durch Einreden zum Kläger wird), welche darauf abzielt (auf andern, als den besondern Wegen der Rechtsmittel, wie solche das Gesetz zuläßt), einen schon entschiedenen Punkt wieder in Frage zu stellen, muß also verworfen

werden. Nach welchen Regeln hat man aber zu bestimmen, ob die in einem zweiten Prozesse erhobene Streitfrage für die nämliche angesehen werden müsse, welche im ersten Prozesse schon entschieden wurde? .... Das Gesetz verlangt hiezu drei Erfordernisse: — 1. muß der Gegenstand der Klage der gleiche sein; — 2. muß sich diese Klage auf den gleichen Grund stützen; — 3. muß sie unter den nämlichen Parteien angestellt werden. Also Gleichheit des Gegenstands; Gleichheit des Klagegrundes; Gleichheit der Parteien, sind die drei Voraussetzungen, mit denen wir uns in der angegebenen Reihenfolge beschäftigen wollen (Art. 1351, Nr. 1 und 2; Savigny §. 295 ff.).

173. — Gleichheit des Gegenstandes. Dieser erste Begriff ist so leicht verständlich, als er nur sein kann; und wenn er dennoch schwierig erscheint, so ist dieß eine Folge der falschen Erläuterungen der Ausleger, welche ihn undeutlich gemacht haben, so wie sie auch den zweiten viel schwieriger gemacht haben, als er an und für sich ist.

Man bildete sich ein, die Regel von der Gleichheit des Gegenstandes müsse seine Erläuterung in den Grundsätzen finden: Pars in toto — Non in parte totum. Dem zu Folge stellte man die Behauptung auf, daß derjenige, welcher mit seiner Klage auf das Ganze unterlegen sei, auch keinen bloßen Theil mehr fordern könne; und daß dagegen derjenige, welcher mit seinem Anspruche auf einen Theil unterlegen, füglicher Weise auf das Ganze klagen könne. Wenn z. B. das Urtheil so laute: Der Peter hat kein Recht, über mein Grundstück zu gehen und zu fahren; dann könne Peter auch mit seinem Anspruche auf einen bloßen Fußweg nicht ferner gehört werden; laute dagegen das Urtheil: er hat kein Recht, darüber zu gehen; dann könne noch über sein Recht, darüber zu gehen und zu fahren abgeurtheilt werden!

Der gesunde Menschenverstand spricht laut dafür, daß gerade im Gegentheile die Wahrheit liegt; daß man da, wo es zweifelhaft ist, ob der jetzt geforderte Gegenstand schon durch das vorhergehende Urtheil abgesprochen worden sei oder nicht, ein ganz einfaches Mittel anwenden, d. h. das abgeurtheilte Begehren mit dem, das abgetheilt werden soll, vergleichen muß, um zu ermessen, ob unter ihnen ein Widerspruch herrscht oder nicht; mithin kann der, welcher (in dem Prozesse, in dem er unterlag) das Wegerecht zum Gehen und Fahren verlangte, immerhin noch einen bloßen Fußpfad beanspruchen; während der, welcher nur den Fußpfad verlangte, das Wegerecht zum Fahren und zum Gehen nicht ansprechen kann; mit einem Worte, der, welchem das Recht auf das Ganze abgesprochen wurde,

kann allerdings ein Recht auf irgend einen Theil haben, dagegen kann der, welchem das Recht auf einen Theil abgesprochen worden ist (und der ganz füglich einen Anspruch auf die andern Theile haben kann), kein Recht auf das Ganze haben (Art. 1351, III—V; Sav. §. 299).

174. — Gleichheit des Klagegrundes. Die Frage, was man unter dem Grunde einer Klage zu verstehen habe, an sich schon kitzlich genug, ist durch die absonderlichen Erläuterungen der Ausleger noch viel schwieriger geworden. Die Einen haben den Grund mit den Beweisgründen, und die Andern in grobem Irrthum sogar mit dem Gegenstande vermengt.

Dieser letzte und plumpe Irrthum ist leicht zu vermeiden; denn der Gegenstand der Klage ist das, wornach der Kläger strebt, die Sache, welche er erlangen will, während der Grund dieser Klage das Fundament ist, auf welches er sich stützt, um diese Sache zu fordern; so daß man Gegenstand und Grund durch die Beantwortung der beiden Fragen: Was fordert der Kläger? ... Auf was stützt er seine Forderung? ... leicht von einander unterscheiden kann.

Allerdings kann die Klage mehrere Gegenstände haben, von denen der eine aus dem andern fließt. Bei der Klage auf Umstoßung eines Kaufs wegen Verkürzung z. B. hat die Klage zunächst die Vernichtung des Kaufvertrags und dann noch außerdem die Wiedererlangung des verkauften Gutes zum (entfernteren und aus dem ersten entspringenden) Gegenstand. Diese mögliche Mehrheit der Gegenstände aber hindert nicht, den Gegenstand einer Klage von deren Grunde gehörig zu unterscheiden; weil ein Gegenstand (wenn er auch andere Gegenstände, die aus ihm entspringen, in seinem Gefolge hat) sich immer und nothwendig aus der Antwort auf die Frage: was wird gefordert? ergibt, während dies beim Klagegrund nie der Fall sein kann: der Gegenstand ist immer, und der Grund ist nie das, was der Kläger verlangt.

Wenn es demnach gar leicht ist, den Gegenstand von dem Grunde zu unterscheiden, so ist es doch weniger leicht, diesen Grund nicht mit den Beweisgründen zu verwechseln, weil eben der Beweisgrund selbst ein (entfernterer) Grund ist, und der Grund ein Beweisgrund (der nächste von allen). Jedoch wird der Unterschied bei ein wenig Nachdenken und durch die Andeutungen, die so eben in Parenthese gegeben wurden, leicht faßlich. Grund nennt man speciell Beweisgrund, diejenige Grundlage der Klage, welche der natürliche Gedankengang die erste nennt, diejenige, welche die unmittelbare Basis des Anspruchs ausmacht; und man behält den

Gattungsnamen Beweisgründe allen denen vor, welche entfernter liegen. Bei den drei Klagen auf Nichtigkeit, z. B. deren eine wegen Irrthum, die andere wegen Zwangs, die dritte wegen Betrugs angestellt wird, liegt immer das unmittelbare Fundament in dem Ungenügendsein, welches hier aus dem Irrthum, dort aus dem Zwange oder aus dem Betruge entspringt; hieraus folgt nun, daß alle drei Klagen auf einem und demselben Grund beruhen und nur in ihren Beweisgründen verschieden sind (Art. 1351, VI—VIII).

175. — Demnach ist es, um eine richtige Anwendung des zweiten der zur Wirkung einer rechtskräftig entschiedenen Sache wesentlichen Erfordernisse zu erzielen, wenn man fest hält, daß das Gesetz nur die Gleichheit des Klagegrundes verlangt, ohne auf die Verschiedenheit der Beweisgründe irgend Rücksicht zu nehmen. Die Regel scheint auf den ersten Anblick allerdings der Natur und der Billigkeit wenig zu entsprechen. Es scheint sehr hart, daß derjenige, welcher zum Beispiel unterlegen ist, indem er sich auf einen Irrthum stützte, einen Betrug nicht mehr geltend machen kann, der nicht in Frage gekommen war, und den er vielleicht selbst erst nachher entdeckt hat; diese Strenge aber findet, wie viele andere, ihre Erklärung in der Aufopferung des Sonderinteresse für das Gemeinwohl. Wollte man hier etwas anderes als den Klagegrund im eigentlichen Sinne in Betracht zu ziehen gestatten, so müßte man neue Prozesse über alle neue Beweisgründe, so entfernt sie auch sein mögen, zulassen, und würde dadurch die gerichtlichen Entscheidungen dahin bringen, daß sie immer nur fürsorgliche bleiben würden, und somit eine der Säulen der gesellschaftlichen Ordnung umstoßen; es ist Sache desjenigen, der eine Klage anstellt, alle Umstände des Falles zu prüfen, um nichts Entscheidendes zu übersehen (Art. 1351, Nr. 6).

Das Gesetz läßt übrigens von der vorliegenden Regel, weder im einen noch im anderen Sinne eine Ausnahme zu. Einer Seits ist eine neue Klage, bei dinglichen wie bei andern Klagen, immer zulässig, wenn sie sich auf einen andern Grund als die erste stützt, obgleich es in Rom zuweilen anders war. Andrer Seits ist die zweite Klage immer unzulässig, so wie sie sich auf den gleichen Grund stützt, mag dieser auch in einer Klage anderer Art eingeführt werden; denn das Gesetz verlangt keine vier Erfordernisse zum Eintritt der Wirkungen einer rechtskräftig entschiedenen Sache; und sowie der Grund der gleiche ist (und Gegenstand und Per-

sonen auch dieselben sind), kann die zweite Klage nicht angestellt werden (Art. 1351, IX; Savigny §. 296 ff.).

176. — Gleichheit der Parteien. Wenn die rechtskräftig entschiedene Sache in gesetzlichem Sinne eine Wahrheit ist, so ist sie doch nur eine relative Wahrheit, die sich auf die Personen beschränkt, unter denen das Urtheil gesprochen worden ist. Zur juristischen Gleichheit der Personen fordert das Gesetz mit Recht nicht allein Gleichheit der Parteien, sondern auch, daß solche in der gleichen Eigenschaft auftreten.

Wenn, bezüglich des letzteren Falles, z. B. Peter im ersten Prozesse proprio nomine handelte, und im zweiten als Vormund eines Mündels auftritt, dann liegt keine Gleichheit der Parteien vor, weil zuerst der Peter Kläger war, und jetzt der Mündel, dessen bloßes Werkzeug der Peter ist. — Es kann sogar durch die Verschiedenheit der Eigenschaften zuweilen die juristische Gleichheit wegfallen, obgleich die Person in beiden Fällen auf eigene Rechnung handelt. Dies ist der Fall, wenn der streitende Theil im zweiten Prozesse als Erbe einer Person auftritt, welche er zur Zeit des ersten noch nicht beerbt hatte: dieser Streiter ist dann bezüglich der auf ihm ruhenden Rechten und Verbindlichkeiten nicht mehr die gleiche juristische Person wie früher.

Wir sagen, wenn der streitende Theil in seiner Eigenschaft als Erbe einer Person auftritt, welche er zur Zeit des ersten Prozesses noch nicht beerbt hatte. Wenn die im zweiten Prozesse geltend gemachte Eigenschaft schon während des ersten bestanden hat, dann kann man in der That nicht ferner behaupten, die Person sei nicht mehr die gleiche, indem Nichts eingetreten ist, was deren Stand geändert hätte: der Umstand, daß du dich das erste Mal nicht auf diese dir zustehende Eigenschaft berufen hast, kann offenbar nicht hindern, daß diese Eigenschaft dir zugestanden und deine Lage sich nicht geändert hat. Wenn jedoch die Eigenschaft, auf welche man im zweiten Streite zum ersten Male baut, der Klage einen neuen Grund (oder einen neuen Gegenstand) verleiht, wie es bisweilen vorkommen kann, dann haben wir natürlich keine entschiedene Sache mehr; das liegt aber einzig nur am Mangel der Gleichheit des Grundes (oder des Gegenstandes), keineswegs aber am Mangel der Gleichheit der Partei (Art. 1351, X).

177. — Wenn, wie wir oben gesehen haben, juristische Verschiedenheit der Personen, trotz ihrer physischen Gleichheit, vorhanden sein kann, so kann umgekehrt auch juristische Gleichheit trotz

der physischen Verschiedenheit der Einzelnen stattfinden. Damit ist gesagt, daß ich ganz füglich, ohne selbst in einem Prozesse aufgetreten zu sein, darin durch den Handelnden vertreten worden sein kann, so daß ich in gesetzlichem Sinne nur eine Person mit ihm ausmache. So wird der Mündel von seinem Vormund vertreten; der Erbe und alle anderen allgemeinen Nachfolger, durch ihren Vorfahrer; die Handschriftsgläubiger durch ihren Schuldner; der Einzelnerwerber durch den Veräußerer, in Bezug auf das, was zu dem erworbenen Gute gehört, aber nur (wie wir schon unter Nro. 150 gesagt haben) bezüglich dessen, was der Veräußerer vor der Veräußerung gethan hat, so daß der Erwerber vom Veräußerer bei den Klagen, welche dieser etwa nach der Veräußerung anstellt, nicht ferner vertreten wird.

Der Gerichtsgebrauch wendet diese Regel sogar auf die Klagen an, welche zwar schon angestellt, aber im Augenblicke der Veräußerung noch nicht beendigt sind. Das ist unrichtig; und man muß mit den Schriftstellern anerkennen, daß eine Vertretung in diesem Falle stattfindet. Mit der Anstellung der Klage entsteht der gerichtliche Quasicontract; und der Erwerber, der erst nach der Entstehung dieses Quasicontracts unterhandelt, macht sich dadurch verbindlich, die Folgen aus demselben zu übernehmen, wie er auch die einer Uebereinkunft übernehmen müßte (Art. 1351, XI arg., Art. 1122).

178. — Während der Gerichtsgebrauch demnach die Vertretung in einem Falle verwirft, wo die gesetzlichen Regeln sie zulassen, hat er in einem umgekehrten Irrthume sie bis jetzt in einem Falle zugelassen, wo diese Regeln deren Verwerfung gebieten. Wir meinen den Unterpfandsgläubiger, von dem der Gerichtsgebrauch sagt, er werde von seinem Schuldner in den Prozessen vertreten, welche dieser nach der Eintragung des Unterpfandsrechts, bezüglich des Eigenthums des verpfändeten Gutes, führe. Diese Ansicht, die aus einem offenbaren Mangel der Prüfung entspringt (denn dieser Punkt wurde erst nach allen den über die Frage erlassenen Bescheiden ernstlich behandelt), diese Ansicht widerstrebt nicht nur den Bedürfnissen der Gesellschaft und ist geeignet, den öffentlichen Credit zu erschüttern, sondern sie ist auch eine offenbare und handgreifliche Verletzung der Grundregel des Gesetzes.

Da das Unterpfand ein dingliches Recht ist, ein Recht, das, ohne das Eigenthum an der Liegenschaft zu zertheilen, solches doch nicht unberührt läßt, ein Recht, welches den Gläubiger in unmittelbare Verbindung mit der Liegenschaft und nicht mit der Person

des Schuldners setzt, ein Recht, dessen absolute Existenz von dem späteren Willen dieses Schuldners unabhängig ist, und welches dem Vermögen des Gläubigers eine unwiderrufliche Gewalt über das verpfändete Gut verschafft, wie kann da der Schuldner, wie kann ein ganz Anderer als der Gläubiger, der allein Herr dieses Rechtes ist, darüber verfügen, oder es in irgend einer Weise auf das Spiel setzen? ... Wenn der Schuldner das Unterpfand im Prozesse auf das Spiel setzen dürfte, so müßte er auch (das getraut man sich jedoch nicht zu sagen) das Recht haben, es in einem Vertrage auf das Spiel zu setzen; denn wenn der Gläubiger Rechtsfolger von dem Schuldner ist, der prozessiret, so ist er es offenbar auch von dem Schuldner, welcher einen Vertrag schließt. .... Vergebliche Mühe wäre es, durch einen handgreiflichen Trugschluß diesen angeblichen Unterschied aus dem Umstande erläutern zu wollen, daß ein Urtheil den Rechten nur Anerkennung verschaffe, während ein Vertrag sie erzeuge; denn abgesehen davon, daß diese Beweisführung nur ein unzulässiger Zirkelschluß ist (weil die Frage sich gerade darum dreht, ob das gegen den Schuldner erwirkte Urtheil auch gegen den Unterpfandsgläubiger gelte), wäre das Urtheil auch dem Erwerber eines Theils oder der Ganzheit der Liegenschaft gegenüber eben so gut ein rein erklärendes, als dem gegenüber, welchem ein Unterpfand verwilligt worden ist. ..... Das Wahre, das so offenbar ist, daß man staunt, wie es hat verkannt werden können, liegt darin, daß jeder Erwerber (sei es eines Unterpfandes, oder einer Dienstbarkeit, oder eines abgetheilten oder unabgetheilten Theils einer Liegenschaft, oder einer ganzen Liegenschaft) nur in Bezug auf das der Rechtsfolger seines Vorfahrers ist und von ihm vertreten wird, was, durch Urtheil oder Vertrag vor dem Erwerbe geschah, und nicht in Bezug auf das, was erst später vor sich gegangen ist (Art. 1351, XII).

179. — Es gibt gewisse Klassen von Personen, welche in Folge der Verhältnisse, in denen sie zu einander stehen, von diesen in gesetzlichem Sinne bei den Urtheilen vertreten werden, welche ihnen vortheilhaft sind, während sie bei denen, die ihnen schädlich sind, nur als Dritte dastehen; und zwar darum, weil die Person, welche den Prozeß geführt hat, durch ihre Stellung zu derjenigen, welcher das Urtheil entgegen gehalten werden will, den Auftrag hatte, deren Lage zu verbessern, und nicht den, solche zu verschlimmern (Art. 1351, XIII).

Der Grundsatz übrigens, daß die absolute Vermuthung der Wahrheit der entschiedenen Sache für diejenigen nicht gelte, welche

bei dem Urtheile als Betheiligte weder selbst noch durch Andere aufgetreten sind, hängt nicht, wie man zuweilen gesagt hat, von der Erhebung einer Einsprache ab. Die Einsprache hat nicht den Zweck, darzuthun, daß man in Bezug auf ein Urtheil als Dritter anzusehen sei, sondern vielmehr den Vollzug zu verhindern; sie betrifft nicht die rechtliche, sondern die Vollzugs-Wirksamkeit, und weit entfernt, daß der Beweis der Eigenschaft eines Dritten von der Einsprache abhinge, hängt vielmehr die Einsprache von diesem Beweise ab. — Die Frage, ob der Zweck, den die Einsprache anstrebt, nicht ohne sie erreichbar sei, muß mit Unterscheidung beantwortet werden. Im Allgemeinen wird die Antwort bejahend ausfallen; es gibt aber einen besonderen Fall, wo die Einsprache für den Dritten zur Nothwendigkeit wird: er liegt da vor, wo das Urtheil dem gegenüber, gegen den es erwirkt worden ist, nicht vollzogen werden könnte, ohne damit und nothgedrungen auch gegen diesen Dritten vollzogen zu werden (Art. 1351, Nro. XIV; Savigny §. 301).

180. — Einfluß strafrechtlicher Urtheile auf das bürgerliche Recht. Das Vereinigtsein der drei Erfordernisse: Gleichheit des Gegenstandes, Gleichheit des Grundes und Gleichheit der streitenden Theile verlangt das bürgerliche Gesetzbuch offenbar nur in dem Falle, wo es sich um zwei bürgerliche Klagen handelt; und wenn durch eine strafrechtliche Entscheidung die Frage abgeurtheilt worden ist, welche sich jetzt bei einem bürgerlichen Gegerichte erhebt, so kann ganz füglich hier die Vermuthung der Wahrheit der entschiedenen Sache eintreten, obgleich dieses Zusammentreffen der drei Erfordernisse hierbei unmöglich ist.

Dieses Zusammentreffen, sagen wir, ist hierbei unmöglich. In einem derartigen Falle kann keine Gleichheit der Betheiligten stattfinden; daraus, daß der Staatsanwalt die Geldentschädigung wegen des verursachten Nachtheils für den durch eine Uebelthat Verletzten nicht hat verlangen können und dieser Verletzte kein anderes Recht hat, als eben auf diese Geldentschädigung, folgt, daß der Staatsanwalt das Recht dieser Person nicht hat geltend machen, mit andern Worten, diese nicht hat vertreten können. Eben so wenig kann hier eine Gleichheit des Gegenstandes vorliegen; weil dieser Gegenstand im Strafrechte nur die Verfügung einer Strafe, dagegen im bürgerlichen Rechte nur die Zahlung von Entschädigung sein kann, und es widersinnig wäre, zu behaupten, die Todes- oder Zuchthausstrafe, welche der Staatsanwalt beantragte, und die Tha-

ler, welche ich fordere, seien ein und dasselbe. Wenn auch die Gleichheit der Betheiligten und eine Gleichheit des Gegenstandes hiernach nicht vorliegen, so liegt darin, was auch der größere Theil der Schriftsteller darüber sagen mag, kein Grund für den Schluß, den Andere gezogen haben, daß die Wirkung der entschiedenen Sache hier nicht eintrete; denn, um es nochmals zu wiederholen, die drei Erfordernisse sind nur da vorgeschrieben, wo es sich um zwei bürgerlich rechtliche Entscheidungen handelt. Der klare Verstand sagt es schon, daß der, über welchen, dem Vertreter der Gesellschaft gegenüber, ein Urtheil dahin gefällt worden ist, daß die That, deren er beschuldigt wurde, nicht vorliege, auf den Grund dieser angeblichen That keinerlei Verurtheilung fernerhin ausgesetzt sein kann; und daß umgekehrt der, welcher nach einer in den vorgeschriebenen gesetzlichen Formen geführten Vertheidigung eines Verbrechens ausdrücklich für schuldig erklärt wurde, im gesetzlichen Sinne nicht behaupten kann, er sei unschuldig. Auch mehr als eine Bestimmung des Gesetzes offenbart deutlich die Absicht des Gesetzgebers, daß die im Strafrechte entschiedene Sache ihre ganze Kraft im bürgerlichen Rechte behalten solle.

Nur weil man hierbei das Zusammentreffen der drei obigen Erfordernisse nicht verlangen kann, ist es offenbar nothwendig, daß der Punkt, den man durch das Strafurtheil darthun will, auch der sei, den dieses Urtheil entschieden hat und daß er zu denen gehöre, worüber die Strafgerichtsbarkeit zu sprechen die Befugniß hat. Da aber die Amtsbefugniß eines Strafgerichts sich nur auf die Entscheidung erstreckt, ob die dem Angeschuldigten vorgeworfene Handlung vorliegt, ob der Angeschuldigte deren Urheber sei, und ob diese That ihm aus dem Gesichtspunkte des Strafgesetzes und als Verbrechen des Strafrechtes zugerechnet werden könne, und nicht auch darauf, ob diese That ein Vergehen des bürgerlichen Rechts oder ein Versehen enthalte, — aus dem Allem folgt, daß eine Person, welche der fahrlässigen Tödtung nicht schuldig erklärt wurde, auf dem bürgerlichen Wege ganz füglich als eines Versehens schuldig zur Entschädigung verurtheilt werden kann. Es gibt in der That Stufen der Fahrlässigkeit, und man kann nicht fahrlässig genug gewesen sein, um Gefängniß zu verdienen, während man es hinreichend war, um zu einer bürgerlichen Entschädigung gehalten zu sein (Art. 1351, XV u. XVI, 1382, 1383).

II. Von den einfachen gesetzlichen Vermuthungen.

181. — Eine einfache gesetzliche Vermuthung, oder eine Vermuthung juris tantum, nennt man diejenige, welche das Gesetz

eingeführt hat, ohne daß sie die Richtigkeit des Rechtsgeschäfts oder eine Einrede gegen die Zulässigkeit der gerichtlichen Klage nach sich zieht. Die Regel, die im Erbrechte, nach dem Alter und Geschlechte der bei dem gleichen Ereignisse gestorbenen Personen, die Reihenfolge des Ablebens dieser Personen bestimmt, ist eine derartige Vermuthung (Art. 720 ff.).

Diese Vermuthung liefert immerhin vollen Beweis für den, welcher deren Vorhandensein zu seinem Vortheile darthut, und der Richter kann von ihm, ohne eine Kassation herbeizuführen, keinen andern Nachweis fordern; dieser Beweis kann aber durch einen Gegenbeweis, den der Richter stärker findet, zerstört werden: von welcher Beschaffenheit dieser Gegenbeweis auch sein mag, und wenn er auch aus bloßen thatsächlichen Vermuthungen hergeleitet wird, weil diese Vermuthungen eines der gesetzlich zulässigen Beweismittel sind (Art. 1352, Zach. §. 766).

III. Von den thatsächlichen Vermuthungen.

182. — Eine thatsächliche Vermuthung oder eine praes. hominis ist diejenige, welche keine Gesetzesstelle speciell gutheißt, und welche der Richter, kraft der allgemeinen Ermächtigung, die ihm das Gesetz dazu gibt, aus Thatsachen und Umständen des Prozesses ableitet. Der Richter kann auf dieses Beweismittel nur da greifen, wo der Zeugenbeweis zulässig ist.[1]) Er darf übrigens auch nur gewichtige Vermuthungen zulassen; das Abwägen der Gewichtigkeit ist aber nothwendiger Weise in sein Ermessen gestellt. Ferner kann er sich auf den Grund einer einzigen Vermuthung hin entscheiden, wie er es auch im Falle des Zeugenbeweises, auf einen einzigen Zeugen hin kann.

Aus dieser dem Richter überlassenen Befugniß ergibt sich, daß die Verbindlichkeit, Beweis zu liefern, weitaus nicht so strenge ist als man glauben sollte, weil es zwar nicht immer, aber doch da, wo Zeugenbeweis zulässig ist, hinreicht, im Geiste des Richters die Wahrscheinlichkeit von dem behaupteten Anspruche zur Entstehung

---

[1]) Er kann es namentlich in allen Fällen, wo Gefährde behauptet wird; denn die Gefährde kann immer durch Zeugen bewiesen werden, weil sie einer der Gegenstände ist, über welche man sich unmöglich einen schriftlichen Beweis verschaffen kann. Die Rechtsgrundsätze sowohl, als die ausdrücklichen Erklärungen der Vorarbeiten lassen es nicht zu, in dieser Beziehung der Fassung des Art. 1353 irgend Rechnung zu tragen.

zu bringen. Und diese einfache Wahrscheinlichkeit kann, wie wir gesehen haben, je nach den Fällen genügen, selbst gesetzliche Vermuthungen umzustoßen; das ist darum sehr gerecht, weil diese Vermuthungen so gut als die pr. hominis eben nur Muthmaßungen sind, Muthmaßungen, deren Unrichtigkeit um so mehr zu fürchten ist, als sie von vornherein für alle Fälle und ohne Unterschied der besonderen Umstände des einzelnen Falles gegeben sind (Artikel 1353, Zach. §. 762).

IV. Abschnitt.

Von dem Geständnisse.

183. — Das Geständniß ist die Erklärung, wodurch eine Person ausdrücklich anerkennt, daß eine Thatsache ihr gegenüber für bewahrheitet gelten solle. Das Geständniß ist ein gerichtliches, oder ein außergerichtliches, je nachdem es vor Gericht abgelegt wurde oder nicht (Art. 1354, Zach. §. 767 und Sav. §. 303 ff.).

184. — Das gerichtliche Geständniß. — Es muß entweder in der Gerichtsitzung selbst, oder in einem Verhör über Thatsachen und Artikel geschehen, oder wenigstens in einer regelrechten Prozeßschrift niedergelegt sein; das verlangt aber das Gesetz nicht, daß es in der nämlichen Verhandlung geschehen müsse, in welcher der Gegentheil sich darauf beruft: man sieht in der That nicht ein, wie die Thatsache, welche im ersten Prozesse für wahr gehalten wurde, im zweiten falsch sein könnte. — Da das Geständniß den Verlust des Rechtsstreits für die Partei herbeiführen kann, so muß es von einer Partei ausgehen, die fähig ist, über den Gegenstand dieses Prozesses zu verfügen, oder von deren Gewalthaber, der mit einer ganz speciellen Vollmacht versehen sein muß (Art. 1356).

Ein regelrechtes gerichtliches Geständniß über Thatsachen, bezüglich deren es nicht verboten ist, liefert vollen Beweis gegen den, der es ablegt; hierbei müssen wir aber eine Bemerkung bezüglich des zusammengesetzten Geständnisses machen. — Während das Geständniß dann ein einfaches ist, wenn es ohne Beschränkungen oder Zusätze das Anerkenntniß der behaupteten Thatsache enthält, so ist es dann ein zusammengesetztes, wenn es dieses Anerkenntniß nur in der Weise enthält, daß es demselben die Anführung anderer Thatsachen folgen läßt, welche jene Thatsachen modificiren und deren Folgen ändern oder aufheben. In diesem letzteren Falle muß unterschieden werden, ob die Thatsache oder die Thatsachen, welche auf die Hauptthatsache folgen, mit dieser in einem engen Zusammen-

hange, einer natürlichen Verbindung stehen. Ist diese Verbindung da, dann betrachtet man die Nebenthatsachen mit Recht als einen integrirenden Bestandtheil des Geständnisses, und der Gegner kann sie als solchen nicht auf die Seite schieben, um sich an die Hauptthatsache zu halten, denn ein Geständniß kann offenbar nicht auf solche Weise nach der Willkür desjenigen, der sich darauf beruft, getheilt werden. Im entgegengesetzten Falle ist die zweite Behauptung unabhängig von dem Gegenstande des Geständnisses, und es liegt also in der Beseitigung dieser Behauptung keine Theilung des Geständnisses. Wenn es übrigens klar ist, daß der Gegner das Geständniß nicht nach seiner Laune und seinem Kopfe allein theilen kann, so kann er es doch ganz füglich durch den positiven Beweis der Falschheit eines Theils des Geständnisses thun.

Das Geständniß kann nur wegen Irrthums über die Thatsache (nicht wegen Irrthums über die rechtlichen Folgen dieser Thatsache) zurückgenommen werden, d. h. durch den vom Gestehenden zu liefernden Beweis der materiellen Unrichtigkeit der eingestandenen Thatsache. Aus dem Grund allein kann es nicht geschehen, daß der andere Theil sich nicht Akt darüber habe geben lassen, und damit den Willen, das Geständniß anzunehmen, an den Tag gelegt habe; denn, was man auch sagen mochte, so bleibt es doch klar, daß es sich nicht um einen Vertrag handelt, und daß die Frage, ob eine Thatsache wahr oder falsch sei, nichts Vertragsartiges an sich haben kann (Art. 1356, Sav. §. 306).

185. — Außergerichtliches Geständniß. — Da dieses zweite Geständniß die Garantieen nicht bietet, welche bei dem ersten das Dasein der Erfordernisse sicher stellt, von denen die Wirksamkeit eines jeden Geständnisses abhängt, so wollte das Gesetzbuch keine der obigen Bestimmungen für das außergerichtliche Geständniß zur gesetzlichen Regel erheben, und es bleibt also in diesem Falle Alles dem Abwägen der Thatsache durch die Richter überlassen, welche nur nach der Eingebung ihrer Ueberzeugung zu sprechen haben. Die einzige Rechtsregel, die es hier gibt, besteht darin, daß, wenn das außergerichtliche Geständniß nicht schriftlich beurkundet ist, der Theil, welcher demnach gezwungen ist, es durch Zeugen zu beweisen, dieses nur kann, wenn der Gegenstand des behaupteten Geständnisses selbst durch Zeugen bewiesen werden kann (Art. 1355, Savigny §. 308).

Unrichtig ist es übrigens, wenn man, wie es zuweilen geschehen ist, sagt, ein außergerichtliches Geständniß gehe durch seine Wieder-

holung vor Gericht in ein gerichtliches über. Es ist klar, daß alsdann zwei Geständnisse vorliegen und daß das Dasein des zweiten dem Richter den Spielraum, dessen er bezüglich des ersten genießt, nicht entziehen kann (ibid.).

V. Abschnitt.

Von dem gesetzlichen Bestätigungseide.

186. — Der Eid ist eine Handlung des bürgerlichen Rechts und der Religion, wodurch Jemand für seine Wahrhaftigkeit Gott zum Zeugen nimmt. Obgleich er in der Regel mit den Worten geleistet wird: „ich schwöre es", während die rechte Hand zum Himmel erhoben wird, so kann man doch die nicht anhalten, diesen Gebrauch zu befolgen, denen ihr religiöses Glaubensbekenntniß es nicht gestattet; eben so wenig kann man aber auf der andern Seite verlangen, daß diejenigen, deren Cultus eine feierlichere Art der Leistung zuläßt, gehalten seien, ihn auf diese besondere Art zu leisten: ohne das Gesetz zu verletzen kann man ihnen gestatten, mehr als die anderen Staatsangehörigen zu thun, dazu zwingen kann man sie aber nicht.

Der Eid ist ein gerichtlicher oder außergerichtlicher, je nachdem er vor Gericht im Laufe eines Prozesses abgelegt wird oder nicht; er ist bestätigend oder versprechend, je nachdem es darauf abgesehen ist, die Aufrichtigkeit einer Behauptung oder die Erfüllung eines Versprechens sicher zu stellen. — Der gerichtliche Bestätigungseid, mit dem wir es zu schaffen haben, ist ein Haupteid oder ein Erfüllungseid, je nachdem er von der einen Partei der andern zugeschoben wird, um davon die Entscheidung abhängig zu machen, oder von Amtswegen vom Richter einer Partei auferlegt wird, um damit die Ergänzung eines angefangenen Beweises zu erzielen (Art. 1357, Zach. §. 763, 768; Sav. §. 309 ff.).

I. Von dem Haupteide.

187. — Jede Partei kann unter den vier Voraussetzungen, wie sie unten angegeben sind, seinem Gegner den Eid zuschieben, um davon die Entscheidung dieses Streites, oder eines Punktes dieses Streites abhängig zu machen. Die Partei willigt also ein, ihren Prozeß zu verlieren, wenn der Gegner den geforderten Eid leistet, oder wenn er ihr selbst den Eid zurückschiebt und sie ihn verweigert; sie gewinnt dagegen diesen Prozeß, wenn der Gegner

den Eid weder leisten noch zurückschieben will, oder wenn sie ihn selbst leistet, wo die Zurückschiebung an sie geschah.

Zur Zuschiebung des Eides sind vier Erfordernisse wesentlich. — 1. Die Thatsache muß geeignet sein, die Entscheidung des Rechtsstreites nach sich zu ziehen; und der Richter muß die Zuschiebung verwerfen, wenn er findet, daß die Thatsache keine entscheidende ist. — 2. Diese Thatsache muß dem, welchem man ihn zuschiebt, oder wenigstens dessen Rechtsvorfahrer persönlich eigen sein. Das Gesetz gestattet den Erben einen Eid zuzuschieben, aber wie billig nicht über die Thatsache selbst, sondern darüber, ob sie keine Kenntniß von dieser Thatsache haben: es ist dies alsdann ein Eid de credulitate (Art. 2275). — 3. Da die Zuschiebung eines Haupteides nach dem eben Gesagten die nämliche Wirkung wie ein Vergleich hat, so muß der Streit sich um einen Gegenstand drehen, worüber man sich vergleichen kann, und unter Personen geführt werden, die fähig sind, sich zu vergleichen (Art. 2045). — 4. Endlich darf, nachdem was wir unter Nr. 171 gesagt haben, die Zuschiebung des Eides nicht darauf abzielen, die Wahrheit einer Vermuthung juris et de jure anzufechten, welche im öffentlichen Interesse eingeführt ist.

Trotz entgegengesetzter Entscheidung von Urtheilen ist es übrigens gewiß, daß wenn diese Zuschiebung auch rein in die Wahl der streitenden Partei gegeben ist (als welche nie gezwungen werden kann, sich darin auf das Gewissen eines Gegners zu verlassen, der kein Gewissen hat), sie doch nimmermehr in der Wahl des Richters liegt, der nie das Recht hat, die Zuschiebung des Eides zu verwerfen, sofern die vier Erfordernisse vorhanden sind.

Der Gerichtsgebrauch ist ebenfalls in großem Irrthum befangen, wenn er entscheidet, der von einem Theile zugeschobene Eid höre auf ein Haupteid zu sein und gehe in einen Notheid über, wenn die Partei ihn nur in subsidium zuschiebt, und nachdem sie alle anderen Unterstützungsmittel ihres Anspruchs vergeblich angewendet hat. Denn auf der einen Seite gestattet das Gesetz ausdrücklich die Zuschiebung des Haupteides in jeder Lage des Streites; und auf der andern Seite sind die beiden Umstände, daß der Eid von der Partei (und nicht vom Richter) zugeschoben wird, um als solcher die Entscheidung des Streites herbei zu führen (und nicht um bloß als Ergänzung eines unvollständigen Beweises zu dienen), gerade die unterscheidenden Merkmale des Haupteides (Art. 1358 bis 1360).

188. — Wir haben gesagt, daß derjenige, welchem der Eid zugeschoben wird, die Wahl hat, ihn zu leisten, oder ihn seinem Gegner zurück zu schieben; hierzu ist aber erforderlich, daß eine beiden Theilen gemeinschaftliche Handlung in Frage steht, oder wenigstens einem Theile und dem Rechtsvorfahrer des andern (wodurch der Eid de credulitate Eingang findet), ohne was die Zurückschiebung unzulässig ist. Uebrigens kann der, welchem man den Eid zurückschiebt, ihn seinem Gegner nicht wieder zurückschieben; denn dadurch würde man sich im Kreise herum treiben.

So lange die Zu- oder Zurückschiebung nicht angenommen ist, kann sie zurückgenommen werden; denn die Uebereinkunft, der Vergleich, ist noch nicht zu Stande gekommen. So wie aber das Anerbieten des einen Theils von dem anderen angenommen ist, kann jener sein Erbieten nicht mehr zurücknehmen, wenn er nicht beweist, daß er es zu machen durch die Arglist seines Gegners verleitet wurde.

Sobald der zu- oder zurückgeschobene Eid geleistet worden ist, wird seine Wirkung vollkommen unwiderruflich und fällt selbst nicht mit dem Beweise des Meineids. Ein solcher Beweis kann von dem verlierenden Theile nie geführt werden, weder um Entschädigung zu verlangen, noch um den Vollzug des Urtheils zu hindern, und weder dadurch, daß er sich als Civilpartei der vom Staatsanwalte erhobenen Anklage anschließt, noch im Wege der Klage vor einem bürgerlichen Gerichte. Diese Unmöglichkeit, welche nothwendig aus der Natur des Eides als eines entscheidenden entspringt (weil man sonst den Streit von vorn anfangen müßte, um zu erfahren, ob der Eid wahr oder falsch ist; so daß also dieser Eid nichts Entscheidendes hätte), und die außerdem nur eine Anwendung der Grundregeln ist, wurde ferner noch in den Vorarbeiten zum Strafgesetzbuche, wie sie es auch im Gerichtsgebrauche ist, förmlich ausgesprochen, und es ist unerklärlich, wie ein Schriftsteller dies nicht hat begreifen können (Art. 1361—1364).

Uebrigens liefert die Leistung oder Verweigerung des Eides nur unter den Parteien oder deren Rechtsfolgern Beweis und hat nur unter ihnen Wirkung. Da, um nur ein Beispiel für diesen Fall anzuführen, der Solidargläubiger der Gewalthaber seiner Mitgläubiger nur in so fern ist, und diese seine Stellvertreter nur in so fern sind, als es sich um die Erhaltung oder Verbesserung der Forderung und nicht darum handelt, sich über die Schuld zu vergleichen, oder sie zu erlassen, so ist es klar, daß der auf die Zuschiebung dieses Gläubigers von dem Schuldner geleistete Eid (wie auch der, welchen

dieser Gläubiger auf den Antrag des Schuldners verweigerte) diesen Schuldner nur für den Antheil des Gläubigers an der Forderung frei machen kann (Art. 1365, Sav. §. 310).

Ebenso gewiß ist es, trotz des befremdenden Widerspruchs von Urtheilen, daß die Wirkung eines geleisteten Eides der Regel gemäß der bloßen Annahme, auf welche der Tod des Betreffenden, oder ein beliebiger anderer Grund der Unmöglichkeit eingetreten ist, nicht beigelegt werden kann. Es liegt auf der Hand, daß das Versprechen, einen Eid zu leisten, der wirklichen Leistung dieses Eides nicht gleich steht; und der Grund dafür liegt, im Einklange mit der Ansicht von Dumoulin, darin, daß (sofern die Verzögerung des Leistens nicht von der alleinigen Schuld des Gegentheils herrührt) der Vertrag alsdann nicht eingetreten ist, weil die Bedingung, unter welcher er geschlossen wurde, nicht in Erfüllung gegangen ist (Art. 1364).

II. Von dem Nothеide.

189. — Dieser Eid, der nur vom Richter von Amtswegen auferlegt werden kann, kann es, wie schon gesagt, nur um einen unvollständigen Beweis zu ergänzen: dieses kann weder da geschehen, wo schon ein voller Beweis vorliegt (ein Fall, in welchem der Anspruch, der sich auf diesen Beweis stützt, sofort zugesprochen werden muß), noch da, wo nicht einmal ein Anfang eines Beweises vorhanden ist (in welchem Falle die Forderung verworfen werden muß); es muß ein Anfang eines Beweises und nur ein Anfang eines Beweises vorliegen. Uebrigens muß dieser Anfang in dem Fall, wo der Zeugenbeweis unzulässig ist, aus einem Schriftsatze herrühren; weil jeder Anfang eines Beweises ein Beweis ist (ein angefangener und unvollständiger) und das Gesetz keinen andern Beweis als einen schriftlichen Beweis anerkennt.

Der Richter legt den Eid dem Theil auf, welchen er zu wählen für gut findet (und mithin kann dieser Eid nicht von dem einen Theile dem andern zurückgeschoben werden); und es steht ihm auch frei, der Partei einen Eid de credulitate nicht allein über eine eigene Handlung des Rechtsvorfahrers dieser Partei, sondern sogar über eine eigene Handlung eines jeden Anderen aufzuerlegen; denn die Regel, wonach die Zuschiebung nur über eine eigene Handlung statthaft ist, wird vom Gesetzbuche hier nicht wiederholt, und man mußte dem Richter in der That jeden Spielraum lassen, um sich Klarheit zu verschaffen (Art. 1366—1368, arg. Art. 1353, 1359, 1362).

190. — Ein anderer Unterschied zwischen Haupt- und Notheid besteht darin, daß, da dieser nur eine Sache der Belehrungsverschaffung und des Nachrichtserwerbs ist, und nichts Vergleichartiges an sich hat, der Richter nach Erlassung des Urtheils, welches ihn auferlegt, wenn er auf andere Weise dazu gelangt, sich eine volle Ueberzeugung zu verschaffen, dieses Urtheil für nicht ergangen erklären kann. Aus dem nämlichen Grunde kann der Theil, gegen welchen der Eid geleistet worden ist, ganz füglich dessen Falschheit beweisen; war das Urtheil erlassen, dann kann der verlierende Theil, welcher neue Beweismittel entdeckt, sie im Wege der Appellation, oder im Falle der Unmöglichkeit zu appelliren, im Wege einer Entschädigungsklage geltend machen. Endlich können auch die Obergerichte, sogar ohne neue Entscheidungsgrundlagen, die Dinge anders abwägen als die früheren Richter, und die Sache zu Gunsten desjenigen entscheiden, welcher zuerst verloren hatte (Art. 1366—1368).

Ferner versteht es sich von selbst, daß der Notheid die Belehrung des Richters zum Gegenstande haben kann, entweder über die Frage, ob er verurtheilen muß, oder nur über den Betrag der Verurtheilung, indem die Thatsache, welche diese Verurtheilung begründet, schon nachgewiesen ist. In diesem letzteren Falle kann er nur dem Kläger auferlegt werden, und nur nachdem der Richter selbst ein maximum festgesetzt hat, über das hinaus der Eid ohne Geltung sein soll (Art. 1369, Zach. §. 764).

Klassification der Beweismittel.

191. — Wir begreifen jetzt, nach dem, was in diesem Kapitel gesagt worden ist, daß die Beweismittel, wie wir schon im Eingange dieser Lehre angezeigt hatten, in zehn Arten getheilt werden können, welche, nach ihrer größeren oder geringeren Kraft geordnet, sich in folgender Reihe darstellen: — 1. der Haupteid; — 2. die absolute gesetzliche Vermuthung, welche auf der öffentlichen Ordnung beruht; — 3. das gerichtliche Geständniß; — 4. die anderen absoluten gesetzlichen Vermuthungen; — 5. die einfache gesetzliche Vermuthung; — 6. die Urkunde; — 7. das außergerichtliche Geständniß; — 8. das Zeugniß; — 9. die thatsächliche Vermuthung; — 10. der Notheid.

Ebenso sehen wir, daß diese zehn Arten von Beweisen, wenn man sie wieder nach dem Grade ihrer Kraft betrachtet, in fünf Klassen getheilt werden können, nämlich:

1. Der Hauptеid und die absolute Vermuthung aus der öffentlichen Ordnung, welche nie durch einen Gegenbeweis umgestoßen werden können; — 2. die anderen absoluten Vermuthungen und das gerichtliche Geständniß, welche zuweilen diesem Gegenbeweise weichen (das Geständniß kann durch den Beweis aufgehoben werden, den der Eingestehende von dessen Unrichtigkeit liefert, und die absolute Vermuthung, welche nicht auf der öffentlichen Ordnung beruht, kann durch verschiedene Mittel in den im Gesetze vorbehaltenen Fällen aufgehoben werden, und sogar außer diesen Fällen kann dieß immer durch den Eid oder das Geständniß geschehen); — 3. die einfache Vermuthung und die Urkunde, denen gegenüber der Gegenbeweis immer zulässig ist; — 4. das außergerichtliche Geständniß, das Zeugniß und die thatsächliche Vermuthung, welche nebstdem, daß sie auch durch Gegenbeweis immer anfechtbar sind, auch noch vollständig dem freien Schalten des Richters unterworfen sind, dessen Gewissen sie für beweisend oder nicht beweisend erachten kann, ohne daß man ihn je wegen seiner Ueberzeugung in dieser Beziehung zur Rechenschaft ziehen kann: das zweite dieser drei Mittel ist außerdem noch weniger kräftig als das erste, weil es nur in bestimmten Fällen zulässig ist; und das dritte ist es noch weniger als das zweite, weil der Richter nie gezwungen ist, darauf zu greifen; — 5. endlich der Nothеid, welcher ebenfalls in die Wahl des Richters gestellt ist, der aber außerdem immer nur dazu dienen kann, einen schon angefangenen Beweis zu ergänzen, ohne an sich ein Beweis zu sein.

Fünfter Titel.

Von dem Heirathsvertrage (in vermögensrechtlicher Hinsicht).

1. — Im Titel V des ersten Buchs lernten wir den Vertrag kennen, der die eheliche Verbindung regiert, und die gegenseitigen Rechte der Ehegatten, bezüglich ihrer Person, festsetzt; hier haben wir den Vertrag zu prüfen, der diese Verbindung regiert und die Rechte der Ehegatten bezüglich ihres Vermögens bestimmt. Dieser Letztere wird im Allgemeinen mit dem

Namen Heirathsvertrag bezeichnet; obgleich es Nichts schadet, wenn man diese Bezeichnung gebraucht, so darf man doch nicht vergessen, daß sie gar nicht richtig ist, daß sie viel richtiger der Ehe selbst zukäme, als welche auch ein Vertrag ist, und daß hier nur der vermögensrechtliche Vertrag in Frage steht, der als Anhängsel mit dem moralischen Vertrage auftritt, mit dem wir es früher zu thun hatten.

Zum Unterschied von dem moralischen Heirathsvertrage, bei dem Alles durch ausdrückliche Gesetzesbestimmungen geregelt ist, ohne daß dabei das Geringste von dem Privatwillen der Parteien abhängig wäre, ist dagegen der vermögensrechtliche Vertrag gänzlich in das freie Belieben der Vertragspersonen gestellt, welche in dieser Beziehung sogar einen größeren Spielraum haben, als bei jedem andern Vertrage. Nur wo es an regelrecht durch die Ehegatten festgesetzten Vereinbarungen fehlt, da tritt das Gesetz ein und unterwirft sie kraft Gesetzes dem von ihm als Güterrecht des gemeinen Rechtes aufgestellten Systeme (Art. 1387).

So groß auch der den Ehegatten hier gelassene Spielraum sein mag, so erleidet er doch einige Einschränkungen, wie solche die guten Sitten oder die Rücksicht auf das Gemeinwohl erheischen (Art. 1388 ff., Zach. §. 504).

2. — Zunächst braucht kaum angeführt zu werden, daß die Vertragspersonen keine Uebereinkunft treffen können, welche die Rechte ändert, welche die eheliche Gewalt dem Ehemanne über die Person der Ehefrau oder der Kinder gibt, oder die, welche für beide Ehegatten aus der elterlichen Gewalt oder der gesetzlichen Vormundschaft fließen (Art. 1388).

Wirkungslos ist z. B. die Bestimmung im Vertrag, daß die Frau in dem und dem Falle nicht gehalten sein soll, bei ihrem Ehemann zu wohnen (Art. 214), oder daß sie allein in die Verehelichung der Kinder einwilligen könne (Art. 148), oder daß die Kinder anstatt bezüglich ihrer Erziehung der Leitung des Mannes anvertraut zu sein, unbedingt auf die und die Art oder in der und der Religion, wie solche zum Voraus bestimmt werden, erzogen werden sollen (arg. Art. 373, — Zach. l. c. not. 3). Derartige Gedinge sind ganz werthlos, was auch achtbare Schriftsteller darüber gesagt haben mögen, und wenn es auch feststeht, daß die eheliche Gewalt von den Gerichten mit dem Augenblicke aufgehoben werden muß, wo sie ersehen, daß sie in Mißbrauch ausartet und ihre vernünftigen Gränzen überschreitet, so ist es doch auch gewiß,

daß die Uebereinkommnisse der Ehegatten bei Entscheidungen, die in dieser Beziehung gegeben werden, keinerlei Rolle zu spielen haben und vollständig nicht existirend bleiben (Art. 1388, III u. IV).

Auch die Uebereinkunft ist ohne Rechtswirkung, wornach ein bestimmter Ehegatte des Rechts, seine Kinder zu züchtigen (Art. 372 ff.), oder des Rechts der gesetzlichen Nutznießung an dem Vermögen seiner Kinder verlustig sein soll (Art. 384). In dem Augenblicke, wo es sich um ein Attribut der väterlichen Gewalt oder der gesetzlichen Vormundschaft (welche nur eine Fortsetzung dieser Gewalt ist) handelt, können eben darum, und ohne daß man darauf zu sehen hätte, in welchem Titel des Gesetzbuches das Recht geschrieben steht, noch von welchem Ehegatten oder zu welchem Zeitpunkte es ausgeübt wird, Vertragsgedinge darin keinen Eingriff machen (Art. 1388, VII. Art. 384, 389, 390. Zach. §. 504).

Diese Regeln verstehen sich aber, wie gesagt, von selbst und bilden keine Beschränkungen des vorliegenden Grundsatzes, weil die Ehegatten nur bei dem vermögensrechtlichen Vertrage in ihren Stipulationen frei sind, während es sich hier um die Wirkungen des moralischen Vertrags, der Ehe selbst, handelt (Art. 1388, VII, Art. 6).

Wir müssen also die angekündigten Einschränkungen anderwärts suchen.

3. — Die erste Beschränkung der Ehegatten in ihrer vollen Freiheit zu stipuliren, was und wie sie wollen, liegt in den scharf gezeichneten Formen und den strengen Bedingungen, die dem Vertrage oder den Aenderungen aufliegen, die man damit vornehmen will, nachdem er einmal aufgenommen ist (Zach. §. 503).

Zum Unterschiede von mehreren unserer alten Coutumes, und um die Unabänderlichkeit der Eheverträge sicher zu stellen, verlangt das Gesetzbuch bei Strafe der Nichtigkeit, daß sie unwiderruflich vor der Trauung und in einer vor dem Notare aufgenommenen Urkunde, deren Auffatz aufbewahrt wird, geschlossen werden. Uebrigens ist bei dem Akte, wenn er auch Schenkungen unter Lebenden enthält, die wirkliche Gegenwart des zweiten Notars oder der Zeugen nicht erforderlich, und es genügt zu dessen Rechtsgültigkeit seit dem traurigen Gesetze vom 21. Juni 1843, an der erlogenen Beurkundung dieser Anwesenheit. Heut zu Tag ist der Akt also nichtig, der in Privaturkunde oder zwar vom Notar aufgenommen wurde, aber ohne aufzubewahrenden Auffatz; ebenso nichtig sind was ein gewisser Autor auch hierüber gesagt haben mag (dessen

irrige Ansicht übrigens einstimmig verworfen wird), alle Abänderungen des Vertrags nach der Trauung (Art. 1394--97, I u. II, 1094, 1096).

Diese Vertragsänderungen sind solange zulässig, als die Trauung noch nicht vollzogen ist; aber unter mehr oder weniger strengen Voraussetzungen, je nachdem es sich darum handelt, sie Dritten gegenüber oder nur unter den Ehegatten in Vollzug zu setzen. — Unter den Ehegatten ist die Abänderung aber nur in so fern gültig, als sie, wie der Vertrag, durch einen von dem Notar aufgenommenen Akt mit Aufsatz beurkundet und daß sie unter Mitwirkung aller derjenigen vorgenommen wird, welche an diesem Vertrage betheiligt gewesen, und die sich persönlich oder durch Bevollmächtigte vereinigen müssen, um Alle zugleich darein zu willigen. Hierbei darf man nicht bloß die Ehegatten als bei dem Vertrage betheiligt ansehen, sondern auch diejenigen Unterzeichner, welche ihnen Freigebigkeiten zugewendet haben, diejenigen, deren Einwilligung zu ihrer Ehe erforderlich ist, und sogar die, obgleich dieser Punkt bestritten ist, deren Rath sie einzuholen gehalten sind, weil diese Letzteren, weit entfernt, daß sie nur einen Rath zu geben hätten, den man befolgen kann oder nicht, im Gegentheile eine sehr große Gewalt haben, und bei dem Akte eine sehr wichtige Rolle spielen. Fehlt nur ein Einziger dieser Betheiligten, so wird es unmöglich, die beabsichtigte Aenderung vorzunehmen, selbst dann, wenn dieser Betheiligte nur ein bloßer Schenkgeber wäre; und in diesem letzteren Falle besteht der einzige Weg, um zu dem gewünschten Ziele zu gelangen, darin, daß man von dem ersten Vertrage abgeht und einen neuen abschließt, mit Aufopferung der Schenkung, deren Geber sich zu dieser Aenderung nicht herbei lassen will oder kann. Wenn man sich, anstatt einen neuen Vertrag an die Stelle des ursprünglichen zu setzen, damit begnügt, diesem letzteren einen modificirenden Akt anzuhängen, bei dem der Geschenkgeber nicht mitwirkte, so ist dieser Akt nichtig, der erste Vertrag bleibt allein bestehen und die beabsichtigte Aenderung tritt nicht ein. — Damit der modificirende Akt Dritten gegenüber gültig werde, ist außerdem erforderlich, daß sich die Betheiligten es angelegen sein lassen, ihn als Anhang des Hauptaufsatzes des Vertrags aufnehmen zu lassen. Das Gesetz verlangt ferner noch, daß der Notar niemals eine Ausfertigung des Vertrags ausfolge, ohne ihr die Ausfertigung des Nebenaktes beizufügen; die Verletzung dieser letzteren Regel würde aber nicht zu Gunsten Dritter die Nichtigkeit der Aenderung nach

sich ziehen, sie würde ihnen nur die Befugniß geben, sich an den Notar zu halten, um sich den Schaden vergüten zu lassen, welchen die unvollständige Ausfertigung ihnen verursacht (Ibid. IV u. V, Zach. §. 503).

Unter die Vertragsabänderungen kann man übrigens die Schenkungen nicht einreihen, welche von Dritten nach diesem Vertrage den Ehegatten gemacht werden. Dagegen muß man die Schenkung dazu nehmen, welche ein Ehegatte dem andern macht, weil sie die gegenseitige Stellung modificirt, welche der Vertrag diesen Ehegatten angewiesen hat. Ebenso muß man die Uebereinkommnisse dazu nehmen, welche die Parteien etwa als bloße Auslegung eines oder mehrerer dunkler Gedinge ihres Vertrags hinstellen; denn in dem Augenblicke, wo diese Parteien ein Uebereinkommen, einen rechtlich bindenden Akt eingehen wollen, ist es klar, daß sie die vorgeschriebenen Regeln einhalten müssen, ohne welche ihr Schriftsatz nichts Anderes ist, als ein, jeder rechtlichen Kraft entbehrender Commentar (Ibid. III).

4. — Die Feuerfestigkeit, welche das Gesetz den Heirathsverträgen beilegen will, die es nicht zuläßt, eine erste Satzung mittelst in der Folge während der Dauer der Ehe aufgenommener Akte zu ändern, läßt es eben so wenig zu, sie mittelst Gedingen zu ändern, die von vornherein in den Vertrag selbst aufgenommen werden.

Hiernach ist die Stipulation untersagt, daß später, nach Ablauf einer Frist oder Erfüllung einer Bedingung, eine bestimmte Satzung eintreten und, mit oder ohne rückwirkende Kraft, die Stelle einer früheren Satzung einnehmen solle; das Gesetz will eine einzige und gleichmäßige Güterrechtsnorm für die ganze Dauer der Ehe. Zwar gibt der Wortlaut des Gesetzbuchs aus einem rein historischen Grunde diese Regel nur für eine einzige Güterrechtsnorm; sein Geist befiehlt aber deren Anwendung auf alle (Art. 1399, I—III, 1394, 1395, Zach. §. 503).

5. — Wir gehen nun zu den Beschränkungen über, die das Wesen der Verträge selbst betreffen.

Zunächst ist verboten, den Rechten Abbruch zu thun, welche dem Ehemann in Bezug auf das Vermögen, in seiner Eigenschaft als Haupt der vermögensrechtlichen Gesellschaft der Ehegatten zusteht.

Zum guten Verständniß dieser Regel, muß man zuvörderst einen übersichtlichen Begriff der verschiedenen ehelichen Güterrechtsnormen haben.

Man kann fünf Güterrechtsnormen oder Systeme der Heirathsverträge zählen: die gesetzliche Gütergemeinschaft; die vertragsmäßige Gütergemeinschaft; der einfache Ausschluß der Gütergemeinschaft; die Gütersonderung; endlich das Dotalrecht. Bei der gesetzlichen, wie bei der vertragsmäßigen Gütergemeinschaft bilden gewisse Güter einen beiden Ehegatten gemeinschaftlichen Fond, dessen Verwaltung, wie auch die Verwaltung der der Frau eigen gebliebenen Güter, dem Ehemanne gebührt (Art. 1421, 1428). Bei dem bloßen Ausschluß der Gemeinschaft gibt es nur Sondergüter des einen oder anderen Ehegatten; dem Ehemanne gebührt aber nicht allein die Verwaltung, sondern auch das Erträgniß der Güter der Frau (Art. 1530). Die Gütersonderung läßt jedem Ehegatten das Eigenthum, den Genuß und die Verwaltung seines Vermögens (Art. 1536). Unter dem Dotalrechte endlich bleiben die Güter eines Ehegatten demselben gleichfalls eigen; aber die der Ehefrau zerfallen in Dotal- und Paraphernalgüter, und dem Ehemanne fällt ebenfalls Verwaltung und Genuß der ersteren zu (Art. 1541, 1574, 1549). — Dies vorausgeschickt, wollen wir die vorliegende Regel, sowohl bezüglich der Güter des Ehemannes, als der Güter der Ehefrau, als der gemeinschaftlichen Güter beider, prüfen.

Bei dem Sondergute des Mannes kann man natürlich in Nichts dem Rechte Abbruch thun, das ihm zusteht, darüber zu verfügen und es zu verwalten. Jedes Geding, das den Mann verbindet in dieser Hinsicht seine Frau oder das Gericht um Erlaubniß anzugehen, ist nichtig, als ein Eingriff in die ehemännliche Würde.

Bei den Gütern der Frau ist es anders; und die Ehegatten genießen hier eines ziemlichen Spielraums. Sie können z. B selbst dann, wenn sie gesagt haben, sie wählen die gesetzliche Gütergemeinschaft, oder die Güter der Frau sollen Dotalgüter sein, der Frau in gültiger Weise die Verwaltung und den Genuß ihrer Güter vorbehalten; im zweiten Falle folgt daraus nur, daß die Bezeichnung Dotalgüter unrichtig gegeben worden ist, und im ersten, daß die gesetzliche Gütergemeinschaft eine Aenderung erleidet, und wenigstens in dieser Beziehung zu einer vertragsmäßigen wird. Wenn aber die Frau in dieser Weise ihr Vermögen der Gemeinschaft, dem Dotalrechte, dem einfachen Ausschlusse der Gemeinschaft unterworfen hat, dann kann sie sich nicht deren Verwaltung vorbehalten, wenn sie den Genuß davon trennt, um ihn dem Ehemanne zu überlassen: ein Geding, das in dieser Weise dem Ehemanne die Verwaltung der Güter entzieht, deren Erträgnisse ihm gehören, ist nichtig, als ent-

ehrend für ihn und beschimpfend für seine Oberherrschaft. Gleichfalls nichtig ist das Geding, das der Frau unter jeder beliebigen Güterrechtsnorm das Recht gibt, ihre Güter ohne Ermächtigung zu veräußern (Art. 217, 223, 1538).

Nach dem bereits Gesagten ist es leicht begreiflich, daß die Verwaltung der gemeinschaftlichen Güter beider Ehegatten nicht der Frau gegeben, und daß dem Ehemanne eben so wenig die Pflicht auferlegt werden kann, in bestimmten Verwaltungs- oder Veräußerungsfällen die Einwilligung der Frau einzuholen. Dem ist offenbar so bei Liegenschaften, welche die Frau in die Gemeinschaft gebracht hat, so gut als bei den andern Gütern dieser Gemeinschaft: so wie sie gemeinschaftliche Güter sind, ist der Ehemann der Herr darüber, und man kann so wenig bezüglich ihrer als der anderen einen Eingriff in seine Eigenschaft als Oberhaupt machen.

Wir haben noch beizufügen, daß alle Rechte, welche nach dem vorliegenden Grundsatze nicht auf die Frau übertragen werden können, ihr eben so wenig mittelbar wie unmittelbar verliehen werden dürfen, und daß deshalb die allgemeine Ermächtigung oder der allgemeine Auftrag, welchen der Mann seiner Frau zur Ausübung derartiger Rechte gibt, nichtig ist (Art. 1388, V u. VI, Art. 217, 223).

Für nichtig erklärt das Getz ferner: — Jede Uebereinkunft, welche die gesetzliche Ordnung in der Erbfolge ändert, vorbehaltlich übrigens der Wirkung der Freigebigkeiten unter Lebenden, oder durch letzten Willen, welche im Heirathsvertrage erlaubt sind, wie sonst wo, und sogar mit mehr Leichtigkeit als sonst wo (Art. 1318, IX).

Alle Stipulationen, welche durch irgend eine verbietende Bestimmung des Gesetzbuchs untersagt sind (Ibid., VIII, Art. 791, 1097, 1399, 1422, 1454, 1521).

Endlich diejenigen, welche zwar durch keine besondere Gesetzesbestimmung vorgesehen sind, aber den guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung widerstreiten. Die Frage, ob ein Vertrag diese Eigenschaft habe, ist eine Thatfrage, welche im einzelnen Falle nach den Umständen zu bemessen ist (Art. 1388, II, Art. 6, Zach. §. 504 und 36).

6. — Außer diesen verschiedenen Beschränkungen, die alle durch das allgemeine Interesse geboten sind, haben die künftigen Ehegatten bei ihren Heirathsverträgen vollkommen freie Hand (Artikel 1387). Es steht ihnen frei, sich aus den oben angegebenen fünf Güterrechts-Normen eine beliebige zu wählen; sie können eine gemischte Norm aufstellen, indem sie die Regeln der Einen mit denen der Andern verbinden; sie können Gedinge in ihren Vertrag

einfließen lassen, die nirgends im Gesetzbuche vorgesehen sind, indem sie solche entweder selbst schaffen, oder sie aus irgend einer unserer alten Coutumes schöpfen. Im letzteren Falle darf sich der Vertrag aber nicht damit begnügen, daß er die Bestimmung oder den Inbegriff der Bestimmungen, welche man annehmen will, mittelst einer bloßen Hinweisung auf die Coutume, welcher sie entlehnt wird, bezeichnet. Da der Text der früheren Coutumes heut zu Tag kein Gesetzestext mehr ist, so kann Niemand gezwungen werden, ihn beizubehalten und darauf zurückzugehen, um ihn zu studiren und den Sinn desselben zu untersuchen. Nur bei Hinweisung auf Texte, die noch in Kraft stehen, genügt es, ohne irgend eine nähere Bezeichnung der Bestimmung, die Artikel anzugeben, in denen diese Bestimmungen enthalten sind; die Verfügungen aber, welche den früheren Coutumes entlehnt sind, müssen sich aus dem Inhalte des Vertrags selbst ergeben (Art. 1390, 1393, I, II und IV).

Wenn die Ehegatten in ihrem Vertrage eine bestimmte Güterrechtsart, die ihnen zusagt, annehmen können, so können sie sich auch heirathen, ohne einen Vertrag zu machen, und sie unterstehen alsdann der Norm der gesetzlichen Gütergemeinschaft.

Diese Güterrechtsnorm ist vom Gesetze als die Güterrechtsart des gemeinen Rechts hingestellt, welche für alle diejenigen Geltung hat, die nicht eine andere in gültiger Weise angenommen haben. Folglich tritt sie nicht allein dann ein, wenn die Partheieen sich für deren Wahl ausgesprochen oder keinen Vertrag gemacht haben, sondern auch dann, wenn der aufgenommene Vertrag wegen Mangels der Form nichtig ist, oder wenn man sich darin beschränkt hat, zu sagen, man nehme die von der und der früheren Coutume eingeführte Güterrechtsnorm an, oder auch wenn er in einer Art abgefaßt ist, daß es unmöglich ist, zu bestimmen, welcher Güterrechtsnorm man sich habe unterwerfen wollen. Das Letztere tritt namentlich in dem weiter oben angegebenen Falle ein, wo ein Vertrag vorliegt, der seinen Bedingungen oder Ausdrücken nach auf verschiedene Güterrechtsnormen paßt (Ibid. V; Art. 1399, IV und 1400; Zach. §. 504, 501, Note 2; arg. Art. 1157 ff.).

7. — Die Regeln über die Rechtsfähigkeit der Vertragspersonen sind im Allgemeinen, und abgesehen von einer einzigen Ausnahme, die wir gleich angeben werden, die nämlichen bei Heirathsverträgen, wie bei anderen vermögensrechtlichen Verträgen. Obgleich z. B. ein junger Mensch von 21 bis 25 Jahren, der noch irgend einen Ahnen hat, bezüglich der Ehe minderjährig ist, so ist

er trotzdem bezüglich des vermögensrechtlichen Vertrags volljährig. Umgekehrt kann eine verbeiständete Person, obgleich sie fähig ist, sich ohne Mitwirkung des Beistandes zu verheirathen, doch ohne diese Mitwirkung eben so wenig durch Ehevertrag, als sonst wie über ihr Vermögen verfügen; und das einzige Mittel, das ihr bleibt, sich alsdann einer unanfechtbaren Güterrechtsnorm ohne Zuzug dieser Mitwirkung zu unterwerfen, besteht darin, daß sie sich ohne Vertrag verheirathet, wodurch sie, wie wir gesehen haben, unter die gesetzliche Gütergemeinschaft kommt (Art. 513, 499, 1387).

Als Vergünstigung für das Heirathen gibt das Gesetz bezüglich der Minderjährigen eine Ausnahme von der Regel, indem es den Grundsatz auf ihn anwendet: Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia, erklärt es die Verträge, die er unter Mitwirkung derjenigen geschlossen, deren Einwilligung zu seiner Ehe genügt, für vollgültig und ganz so, als ob sie von einem Volljährigen ausgegangen wären (Art. 903, 904, 1095, 1309 &c.; siehe auch Art. 2140).

Daraus, daß übrigens die Vertragsunfähigkeit nur ein Anfechtungsgrund und keine Nichtigkeit im eigentlichen Sinne ist, folgt, daß der Vertrag, den ein Minderjähriger oder Verbeiständeter, ohne die vorgeschriebene Mitwirkung, oder auch der, den ein Minderjähriger vor dem gehörigen Heirathsalter und ohne Nachsicht erlangt zu haben, schließt, nachträglich genehmigt werden kann, namentlich durch einen freiwilligen Vollzug, der in einem Augenblicke geschieht, wo der Unfähige fähig geworden ist (arg. Art. 185), und daß er nur dann wirkungslos wird, wenn dessen Umstoßung auf die Klage dieses Minderjährigen ausgesprochen wird (Art. 1398, I—IV; 1304 ff., 1338; Zach. §. 502).

8. — Von dem Heirathsgut. — Das Wort Heirathsgut (dot) hat im Gesetzbuche zwei ganz verschiedene Bedeutungen, die man sorgfältig unterscheiden muß. Bald hat es einen sehr weiten Sinn und bedeutet das Gut, welches jeder Ehegatte, unter welchem Güterrechte es auch sei, bei der Verehelichung mitbringt, um den Bedürfnissen der Haushaltung abzuhelfen. Bald dagegen hat es einen ganz speciellen technischen Sinn und wird nur von dem Gute gebraucht, welches eine Frau einbringt, die sich unter Dotalrecht verheirathet, und welches Dotaleigenschaft erhält.

Weiter unten werden wir den größten Theil der Regeln, die sich auf das bloße Beibringen und auf das Dotalgut beziehen, aufstellen; hier müssen wir aber einige derselben aufstellen, welche ihre

absolute Allgemeinheit, ihre vollständige Unabhängigkeit von allen besonderen Umständen, in unsere Einleitung aufzunehmen befiehlt.

Das Heirathsgut kann von dem Ehegatten selbst aus seinem eigenen Vermögen, oder von Dritten, Verwandten oder Fremden gegeben werden. Die so von einem Dritten geschehene Bestellung des Heirathsgutes ist eine Schenkung, die etwas von einem belasteten Rechtsgeschäfte an sich hat (Zach. §. 313, Note 11). Auf der einen Seite ist der, welcher sie gibt, allerdings ein Schenkgeber, weil er sich unentgeltlich beraubt; und seine Verfügung bleibt wie jede andere Schenkung der Minderung, dem Rückbringen, dem Widerruf wegen nachgeborner Kinder ausgesetzt. Auf der andern Seite aber wird das Rechtsgeschäft bezüglich des dotirten und des anderen Ehegatten als ein belastetes angesehen, weil das Gut dazu bestimmt ist, zu den Lasten der Ehe beizutragen, welche die Ehegatten vielleicht nicht eingehen würden, wenn die Schenkung nicht gemacht worden wäre; und der Geschenkgeber ist im Gegensatze zu den gewöhnlichen Grundsätzen bei Schenkungen gehalten, für das geschenkte Gut Gewähr zu leisten; ferner wenn die Ehesteuer erst auf Ziel zahlbar ist und in fruchttragenden Sachen besteht, zur Zinszahlung kraft Gesetzes verbunden. Uebrigens kann sich der Schenkgeber der einen wie der andern Verbindlichkeit durch eine ausdrückliche Erklärung entziehen: das Gesetz spricht es für die Zinsen ausdrücklich aus, und bezüglich der Gewährleistung kann es um so weniger zweifelhaft sein, weil sogar ein Verkäufer es thun kann (Art. 1627).

Der Umfang der Gewährleistungspflicht läßt sich aus einer Vergleichung der allgemeinen Grundsätze und der besonderen Verkaufsregeln bemessen. — Bei Forderungen gewährt der Geschenkgeber nur deren Bestehen und nicht die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, und im Falle des Nichtbestehens haftet der Schenkgeber nicht nothwendig und immer für den Nennbetrag der Forderung, sondern nur für den Verlust, den deren Nichtbestehen dem Schenknehmer verursacht hat (Art. 1693 u. 1695). — Bei körperlichen Gütern muß man den Fall gänzlicher und theilweiser Entwährung und den einfacher verborgener Mängel unterscheiden (Art. 1625). Im Falle einer Entwährung der ganzen Sache haftet der Schenkgeber für den Werth dieser Sache, nicht wie er sich am Tage der Schenkung, sondern am Tage der Entwährung stellt, weil seine Verpflichtung weder mehr noch weniger umfaßt, als den Schenknehmer schadlos zu stellen. Im Falle einer theilweisen Entwährung haftet er für den Preis des entkommenen Theils, immer

mit Rücksicht auf den Werth der Sache zur Zeit der Entwährung, ohne daß ihn der Geschenknehmer zwingen könnte, den Rest der Sache anzunehmen, um ihm deren ganzen Preis zu zahlen, weil man hier nicht von einer Auflösung des Vertrags reden kann (arg. Art. 1184, 1636). Im Falle verborgener Fehler endlich, behauptet man mit Unrecht, daß es keine Gewährleistungspflicht gebe; denn in diesem wie in den anderen Fällen muß der Schenknehmer schadlos gestellt werden: entweder kannte der Schenkgeber die Mängel nicht, dann war wohl die gemeinsame Absicht, den scheinbaren Werth der Sache zu verschaffen, oder er kannte sie, dann liegt ein Verschulden vor, dessen Folgen er nicht ausweichen kann (Art. 1440 1547 u. 1548, Zach. §. 500, 354 ff.).

9. — Wir theilen die vorliegende Lehre in zwei Theile, von denen der Eine den Gemeinschaftsarten, der Andere den Nichtgemeinschaftsarten geweiht ist. Der Erstere zerfällt in zwei Kapitel, von denen das Erste es mit der gesetzlichen Gütergemeinschaft, das Zweite mit der vertragsmäßigen Gütergemeinschaft zu thun hat; der zweite Theil handelt: — 1. von dem bloßen Ausschluß der Gütergemeinschaft; — 2. von der Vermögensabsonderung; — 3. von dem Dotalrechte.

Erster Theil.

Von den Normen der Gütergemeinschaft.

10. — Der Wortlaut des Gesetzes erklärt, wie wenn es der falschen Ansicht hätte vorbeugen wollen, welche im Geiste einiger Rechtsgelehrten durch falsch ausgelegte Sätze Dumoulin's und Pothier's wach geworden sind, daß die gesetzliche wie die vertragsmäßige Gütergemeinschaft nothwendiger Weise mit dem Augenblicke der Trauung ihren Anfang nimmt. Von diesem Augenblicke an ist die Frau die Genossin des Mannes, werden die Güter der ehelichen Gesellschaft das gemeinsame Eigenthum beider Ehegatten; und die Ansicht, welche gegen Wort und Absicht des Gesetzes davon ausgeht, daß die Gütergemeinschaft erst in dem Augenblick entstehe, wo das Gesetz sagt, sie endige sich, ist ein Irrthum, den alle Bestimmungen des Gesetzbuchs wie auch alle Schriftsteller verwerfen (Art. 1399, V, und arg. Art. 1404, Zach. §. 506).

Erstes Kapitel.

Von der gesetzlichen Gütergemeinschaft.

11. — Oben (Nr. 6, am Ende) haben wir gesehen, unter welchen Verhältnissen die gesetzliche Gütergemeinschaft entsteht; wir haben uns nun in drei verschiedenen auf einander folgenden Abschnitten zu befassen: — 1. mit der Zusammensetzung der Gütergemeinschaft; — 2. deren Verwaltung und mit der Verwaltung der Sondergüter; — 3. mit der Auflösung der Gütergemeinschaft und den Folgen dieser Auflösung.

I. Abschnitt.

Von der Zusammensetzung der Gemeinschaft.

I. Von dem Vermögen der Gemeinschaft und von der Unterscheidung der gemeinschaftlichen und der Sondergüter.

12. — Die Einführung der Gemeinschaft erzeugt für beide Ehegatten drei verschiedene Gütermassen, drei Vermögen, um uns so auszudrücken: — 1. das des Ehemanns; — 2. das der Ehefrau; — 3. das der Gemeinschaft, dessen Verwalter, aber nicht Eigenthümer der Mann ist, weil diese dritte Gütermasse einen Gesellschaftsfond bildet, auf den jeder der beiden Gesellschafter ein gleiches Miteigenthumsrecht hat. Die Güter der Gemeinschaft heißen gemeinschaftliche Güter, oder auch, aber nur die nach der Trauung erworbenen, Errungenschaft oder Erwerb; die persönlichen Güter eines jeden Ehegatten heißen Sondergüter. Wir wollen nun sehen, welche Güter gemeinschaftliche und welche Sondergüter sind.

Der gemeinschaftliche Fond besteht aus drei Arten von Gütern; er umfaßt: — 1. alle fahrende Habe, welche die Ehegatten bei ihrer Verehelichung besaßen, ohne Ausnahme; und die, welche ihnen während der Ehe anerfallen, vorbehaltlich dreier Ausnahmen, die in der folgenden Nummer angegeben werden sollen; — 2. alle Früchte der Güter, die den Ehegatten eigen bleiben; — 3. endlich die Liegenschaften, die während der Ehe anders als durch Erbschaft, Schenkung oder durch eine andere der gesetzlich als Ausnahmen bezeichneten Ursachen, die wir später ebenfalls erörtern werden, beikommen.

Wir sehen also jetzt schon, daß jeder Ehegatte für seine Person aber nur im nackten Eigenthume, behält: — 1. einige Fahrnisse und mehrere Liegenschaften, die nach der Trauung beikommen; — 2. alle Liegenschaften, die ihm zur Zeit dieser Trauung gehörten;

während die Gemeinschaft zieht: — 1. das volle Eigenthum aller zur Zeit der Trauung vorhandenen und das beinahe aller späteren fahrenden Habe; — 2. das volle Eigenthum des größten Theils der Liegenschaften, die nach diesem Zeitpunkte beikommen; — 3. die Nutznießung alles Sonderguts der Ehegatten (Art. 1401—1403, I).

Wir wollen diese Uebersicht zuerst bezüglich der Gemeinschaftsgüter, dann bezüglich der Sondergüter entwickeln.

1. Von den Gütern der Gemeinschaft.

13. — Das Gesellschaftsvermögen umfaßt nach dem Gesagten: — 1. beinahe alle Fahrnisse; — 2. die Nutznießung der Sondergüter; — 3. den größten Theil der Liegenschaften, die während der Ehe beikommen.

Zunächst von den Fahrnissen. — Wir haben gesagt, daß die fahrenden Güter, welche den Ehegatten im Augenblicke des Eheabschlusses gehören, sammt und sonders, ohne Ausnahme in die Gemeinschaft fallen. Baares Geld z. B., das ein Ehegatte bei der Verheirathung hatte; oder die Summen, die ihm geschuldet wurden; die Thiere, Lebensmittel, Waaren und alle andere fahrenden Sachen, die ihm gehörten, oder die Dritte ihm schuldeten; seine Renten auf den Staat oder auf Privatpersonen, Erb- wie Leibrenten; mit einem Worte jedes Eigenthums-, Nutznießungs- oder Forderungsrecht, das der Ehegatte an Gütern hat, welche das Gesetz für fahrende erklärt, hört auf, diesem Ehegatten zu gehören und fällt in die Gesellschaftsmasse. Nur in grobem Irrthum konnte man das Gegentheil von der Leibrente sagen und lehren, die Gemeinschaft könne nur die verfallenden Raten derselben ziehen, während die Rente selbst dem Ehegatten eigen bleibe; die Leibrente ist, nach Grundsätzen des Code, eben nur eine einfache Rente, wie die anderen, beweglich wie die anderen und fällt vollständig in die Gemeinschaft, wie jedes andere fahrende Gut (Art. 1401—1403, III, Art. 527 ff., Zach. §. 507 u. §. 169—171).

Wissenschaftliche, künstlerische oder literarische Schöpfungen sind bewegliche Güter, fallen somit in die Gemeinschaft; und nur in Folge einer falschen Interpretation des Dekrets vom Jahre 1810 ist die irrige Ansicht entstanden, welche sie für Sondergut der Ehegatten ausgibt, eine Ansicht, die mit Recht von der Doctrin und von dem Gerichtsgebrauch verworfen wird und die sich durch ihren eigenen Widerspruch verwirft. Ebenso verhält es sich mit den verkäuflichen Aemtern; nur folgt daraus, daß das Präsentationsrecht

einzig und allein beim Nichtvorhandensein des berechtigten Dritten zusteht, daß, wenn dieser Berechtigte die Auflösung der Gemeinschaft überlebt, er das Recht hat, das Amt gegen Zahlung einer dem gegenwärtigen Werth der Stelle gleichkommenden Summe in die zu theilende Masse zu behalten (Art. 1401—1403, V, Zach. §. 507).

Es gibt Forderungen, deren bewegliche oder unbewegliche Eigenschaft im Anfang in der Schwebe bleibt und erst durch den Vollzug oder die Liquidation bestimmt wird. So ist das Recht auf Rücknahme oder Ersatz, das ein Ehegatte an eine frühere Gemeinschaft hat, fahrend oder liegend, je nach dem die Auseinandersetzung dieser Gemeinschaft dem Ehegatten Fahrnisse oder Liegenschaften zutheilt. In diesem Falle gehören die anerfallenen Güter, je nach dem Ergebniß dieser Auseinandersetzung, zur neuen Gemeinschaft oder nicht. Ebenso verhält es sich mit alternativen Forderungen, deren einer Gegenstand eine Fahrniß, der andere eine Liegenschaft ist: die Sache gehört der Gemeinschaft, wenn der Schuldner den Fahrnißgegenstand, dem Ehegatten, wenn er die Liegenschaft gibt. Anders verhält es sich, wenn die Verbindlichkeit nur fakultativ ist: die Natur dieser, und folglich das Recht der Gemeinschaft, ist hier ab initio durch die Natur des einzigen Gegenstandes der Verbindlichkeit bestimmt, ohne daß die entgegengesetzte Natur der in facultate solutionis reservirten Sache irgend einen Einfluß übt, wenn man auch diese zur Zahlung hingibt (ibid. II, Art. 1189, Zach. §. 300).

Bei den Fahrnissen, welche einem Ehegatten während der Dauer der Ehe anerfallen, gilt der nämliche Grundsatz, der jedoch drei Ausnahmen erleidet. Es bleiben diese Fahrnisse von der Gemeinschaft ausgeschlossen: — 1. wenn sie unter der ausdrücklichen Bedingung geschenkt sind, daß sie dem Geschenknehmer eigen bleiben sollen (Art. 1401); — 2. wenn sie der Ertrag einer Liegenschaft sind, ohne Früchte zu sein (Art. 1403, 598, jct. 716, Zach. §. 507, Note 6); — 3. endlich, wenn sie dem Ehegatten als Ersatz eines Sondergutes zufallen (Art. 1408, VIII, 1433, 1407).

Abgesehen von diesen drei Ausnahmen, auf welche wir bei Besprechung der eigenen Fahrnisse zurückkommen werden, ist die Regel die nämliche für Fahrnisse, die während der Ehe anerfallen, wie für solche, die zur Zeit der Trauung schon vorhanden waren, d. h. alle fallen in die Gemeinschaft. Demnach sind sie, wenn sie auch durch Erbschaft anerfallen, dennoch gemeinschaftlich; und eben so ist es in dem Falle, wo bei einer Erbmasse, die zum Theil aus Liegenschaften besteht, die Theilung dem Loose des Ehegatten nur

Fahrnisse zugeschieden hat. Hier gilt bekanntlich der Satz, daß in Folge der geschehenen Theilung jeder Miterbe so angesehen wird, als ob er von jeher nur ein Recht auf die Gegenstände gehabt hätte, welche in sein Loos gefallen sind (Art. 883). Ebenso verhält es sich mit den Forderungen, die ganz in das Loos dieses Ehegatten fallen; denn die Theilung, welche das Gesetz selbst mit jeder Forderung vornimmt, kann, als eine bloß provisorische Theilung, die nur auf die Erbschaftsschuldner Bezug hat, die Möglichkeit nicht abschneiden, diese Forderungen später in die Generaltheilung der Erbschaft hinein zu ziehen (Art. 1401—1403, IV, 1220).

14. — Früchte aus den Sondergütern. — Die Gemeinschaft hat im Allgemeinen die nämlichen Rechte an den Sondergütern der Ehegatten, wie ein Nutznießer.

Sie bezieht also alle Früchte, welche diese Güter während der Ehe hervorbringen. Was diejenigen anbelangt, welche sie vor der Trauung hervorgebracht haben, so kann die Gemeinschaft offenbar nicht als Nutznießerin ein Recht darauf haben und sie in ihrer Früchtenqualität beziehen; aber eben so klar ist es, daß ihr solche, nach der vorhergehenden Regel, als ein Theil des Fahrnißvermögens, welches der Ehegatte am Tag der Trauung besitzt, zufallen, und es ist unerklärlich, wie ein Rechtsgelehrter schreiben konnte, daß diese Früchte dem Ehegatten eigen bleiben (Art. 578 ff., Zach. §. 195, 227, 507).

Wie ein gewöhnlicher Nutznießer bezieht die Gemeinschaft die bürgerlichen Früchte nach Maßgabe ihrer Verfallzeit, d. h. Tag für Tag, und die natürlichen Früchte nur durch deren Perception. Wie diesem, steht auch ihr kein Recht auf die Erträgnisse zu, welche nicht als Früchte angesehen werden, wie z. B. auf die Stoffe, welche aus Steinbrüchen, Bergwerken oder Torfgruben, die beim Beginn des Genusses der Gemeinschaft an der Liegenschaft noch nicht im Betrieb waren, gezogen werden (Art. 598).

Es gibt jedoch zwischen den Rechten eines gewöhnlichen Nutznießers und denen der Gemeinschaft einige Verschiedenheiten. Während z. B. der Nutznießer keinerlei Vergütung für die Saatkosten der Früchte zu leisten hat, welche er beim Eintritt genießt, noch eine solche für die von ihm auf die Früchte, welche er zum Erndten zurückläßt, aufgewendeten Kosten anzusprechen hat, hat dagegen die Gemeinschaft ein Recht auf den Ersatz dieser letzteren Kosten, ohne jedoch für die ersteren etwas zahlen zu müssen, weil die von dem Ehegatten für diese bezahlte Summe, wenn sie dieser Ehegatte nicht

aufgewendet hätte, der Gemeinschaft immerhin als Mobiliarwerth zugefallen wäre. Ferner, während der Nutznießer keinen Entschädigungsanspruch für die Erndte hat, welche er den Eigenthümer machen läßt, während er sie selbst machen konnte, hat die Gemeinschaft im gleichen Fall einen Anspruch auf diese Entschädigung, wegen der leichten Möglichkeit, welche die entgegengesetzte Bestimmung den Ehegatten verschaffen würde, sich unrechtmäßig Vortheile zuzuwenden (Art. 1401—1403, VI, Art. 584, 585, 586, 590—598).

15. — Errungene Liegenschaften. — Drittens endlich bezieht die Gemeinschaft alle die Liegenschaften, die nach der Trauung erworben werden, die einerseits ausgenommen, bezüglich deren das Eigenthumsrecht des Ehegatten mit rückwirkender Kraft von einem dem Eheabschluß vorgehenden Zeitpunkte datirt wird, und anderseits die ausgenommen, deren Eigenthum zwar erst im Lauf der Ehe, aber aus einer der in den folgenden Nummern anzugebenden Ursachen entsteht, woraus Sondergüter entspringen.

Uebrigens spricht auch bei den Liegenschaften die Vermuthung für die Qualität eines Gemeinschaftsguts, und der Ehegatte, welcher eine Liegenschaft als Sondergut anspricht, hat den Beweis zu liefern, daß sie diese Eigenschaft hat (Art. 1401—1403, VII, Zach. §. 507).

2. Von dem Sondervermögen.

16. — Liegendes Sondervermögen. — Acht Gründe können den Ehegatten liegende Sondergüter verleihen: — 1. das Eigenthum oder der Legalbesitz vor der Ehe; dann während der Ehe: — 2. die Erbschaft; — 3. die Schenkung; — 4. die Uebertragung durch einen Ahnen in dem gesetzlich vorgesehenen Fall; — 5. die Vertauschung eines Sonderguts; — 6. die Wiederanlage; — 7. der Erwerb in der Ungetheiltheit; — 8. der Zuwachs an einem liegenden Sondergut.

Zunächst bleibt jeder Ehegatte persönlicher Eigenthümer der Liegenschaften, deren Eigenthum oder Legalbesitz er im Augenblick der Trauung schon hatte, sowie auch derjenigen, deren Eigenthum, obwohl es erst während der Ehe realisirt wurde, durch die rückwirkende Kraft einer Bedingung, einer Auflösung oder Genehmigung, von einem Zeitpunkte, der dieser Trauung vorgeht, datirt wird. Eine Ausnahme von dieser Regel gilt jedoch für die Liegenschaft, welche der Ehegatte in der Zeit zwischen dem Vertragsabschlusse und der Trauung gekauft hat. Obgleich der Ehegatte beim Beginn der Ehe schon Eigenthümer dieser Liegenschaft ist, so gehört

sie doch der Gemeinschaft, weil sie an die Stelle von und durch Mobiliarwerthe erworben wurde, auf welche der andere Ehegatte nach dem Vertrag zählen mußte. Jedoch beschränkt sich diese Ausnahme, eben weil sie eine Ausnahme ist, auf den ausdrücklich vorgesehenen Fall, und findet auf eine sogar ganz kurze Zeit vor der Trauung gekaufte Liegenschaft dann keine Anwendung, wenn kein Vertrag gemacht wurde, oder wenn der Erwerb in Vollzug einer Klausel dieses Vertrags stattfand (Art. 1404—1406, I, Zach. §. 507, Note 24 ff.).

17. — Sondergüter sind zweitens die durch Erbschaft anerfallenen Liegenschaften; und das tritt sogar da ein, wo ein Ehegatte einen durchaus liegenschaftlichen Antheil aus einer Erbmasse gezogen hat, die aus Liegenschaften und Fahrnissen besteht, wenn auch die Liegenschaft den Erbtheil des Ehegatten übersteigt und ihm nur gegen ein Gleichstellungsgeld zugetheilt wurde, jedoch vorbehaltlich der Vergütungsleistung an die Gemeinschaft für dieses Gleichstellungsgeld. Diese zweite Ursache der Schaffung von Sondergütern tritt namentlich bei der Liegenschaft ein, welche der schenkende Ahne aus der Verlassenschaft des ohne Nachkommen verstorbenen Geschenknehmers erbt. Mit Unrecht hat man gesagt, hier trete eine einfache Auflösung der Schenkung und kein neuer Erwerb ein: denn wenn der Ahne die Liegenschaft nur unter der doppelten Verbindlichkeit erbt, die Lasten gelten zu lassen, welche auf ihr ruhen und seinen Antheil an den Erbschaftsschulden zu decken, so liegt wohl ein neuer Erwerb, ein Erwerb durch Erbschaft vor (Ibid. II, Art. 747, 748, 870, 351; Zach. §. 507, Note 28).

18. — Eine dritte Quelle liegender Sondergüter bietet die Schenkung unter Lebenden oder durch Testament, vorausgesetzt daß sie dem Ehegatten für seine Person und ohne Ausdruck einer entgegengesetzten Willensmeinung gemacht wurde. Hatte der Geschenkgeber den Willen ausgesprochen, das Gut solle der Gemeinschaft gehören, dann ist dieses Gut in der That eine Errungenschaft und ebenso verhält es sich, wenn er es den beiden Ehegatten zusammen geschenkt hat. Bloß für den Fall, daß die Schenkung nur dem einen Ehegatten (oder jedem derselben besonders, wo man den Einen und den Anderen benennt) gemacht wird, erklärt das Gesetz, eine Ausnahme von der allgemeinen Regel zu machen, wornach die während der Ehe erworbenen Güter Gemeinschaftsgüter sind (Artikel 1404—1406, III, Zach. l. c.).

19. — Für Sondergut erklärt das Gesetz ferner die Liegenschaft, welche der Ehegatte von einem Ahnen erhält, sei es als

Zahlung für das, was dieser Ahne ihm (als Heirathsgut oder aus einem beliebigen anderen Grunde, denn das Gesetz macht keinen Unterschied) schuldet, sei es gegen Uebernahme der Tilgung der Schulden, womit dieser Ahne anderen Personen gegenüber belastet ist, vorbehaltlich des Ersatzes der Summen an die Gemeinschaft, welche er daraus nimmt, um diese Schulden zu decken, oder des Betrags der fahrenden Forderung, die ihm gegen seinen Ahnen zustand und der Gemeinschaft gehörte. Das Gesetz betrachtet, nach dem Vorgange des älteren Rechtes, derartige Rechtshandlungen als Vereinigungen in der Familie, welche zu Lebzeiten des Ahnen die Wirkung erzeugen, welche später sein Tod erzeugen würde und behandelt demnach die Liegenschaft so, wie wenn sie im Erbgange anfiele. Gerade weil wir hier Ausnahmsbestimmungen haben, deren Verfügungen somit nicht ausgedehnt werden dürfen, stellt eine so übertragene Liegenschaft eine errungene dar, wenn sie von einem Abkömmlinge, oder einem Seitenverwandten, oder zwar von einem Ahnen übertragen wurde, aber für eine Summe Geldes, worin dann ein gewöhnlicher Kauf liegt (Art. 1404—1406, IV, 918; Zach. §. 507, Note 31).

20. — Die Liegenschaft, welche ein Ehegatte nicht um Geldeswerth, sondern durch Vertauschung eines liegenden oder fahrenden Sonderguts erwirbt, wird selbst ein Sondergut: und ist in ihrem ganzen Umfange selbst dann ein Sondergut, wenn der Ehegatte, um sie zu erwerben, ein Aufgeld bezahlt hat, vorbehaltlich der Vergütung an die Gemeinschaft in diesem Falle. War aber die von dem Ehegatten bezahlte Geldsumme von solchem Belange, daß man sie nicht als Nebensache, als bloßes Aufgeld betrachten kann, dann muß man Tausch und Kauf neben einander annehmen und demgemäß, wie auch wirklich das ältere Recht that, entscheiden, daß die erworbene Liegenschaft nur zu dem Theile, der dem Werthe des veräußerten Sonderguts entspricht, Sondergut und bezüglich des Ueberschusses Errungenschaft ist (Art. 1407, I, Zachariä §. 507, Note 32).

21. — Eine während der Ehe erworbene Liegenschaft wird ferner Sondergut, wenn sie zum Ersatze eines anderen Sonderguts unter den gesetzlich vorgeschriebenen Bedingungen gekauft worden ist, Bedingungen, die verschieden sind, je nach dem es sich um den Mann oder die Frau handelt. — Geschieht es für den Mann, dann muß dieser im Augenblick des Erwerbs erklären, daß dieser Erwerb mit dem Gelde, das aus seinem Sondergut erlöst wurde und

zu dem Zwecke gemacht werde, um ihm ein neues Sondergut zu verschaffen. Dieses zweifache Erforderniß — 1. die Eigenschaft des Geldes und zugleich die auszudrücken, welche man der Liegenschaft zu geben beabsichtigt, — 2. diese Erklärung im Augenblicke des Erwerbs abzugeben, ist nicht neu; es ist die Wiederholung dessen, was schon die älteren Schriftsteller lehrten. — Was die Frau anbelangt, so kann die Erklärung des Mannes, welche stets die beiden angegebenen Punkte enthalten muß, ex intervallo gemacht werden; sie muß aber von einer ausdrücklichen Annahme der Liegenschaft zu Sondergut durch die Frau begleitet oder gefolgt sein. Diese Annahme, zu der es nicht genügt, wenn sie nur stillschweigend aus bloßen Thatumständen entspringt, und die in einer öffentlichen oder einer Privaturkunde ausgedrückt sein muß, muß vor Auflösung der Gemeinschaft abgegeben werden. Sie hat ferner keinerlei rückwirkende Kraft und so lang die Frau durch diese Annahme die Liegenschaft sich noch nicht angeeignet hat, kann diese Liegenschaft, als bloße Errungenschaft, vom Ehemanne mit Wirksamkeit mit dinglichen Lasten beschwert oder veräußert werden (Art. 1434—1435, II u. III; Zach. §. 507 u. 511).

Dem steht übrigens im Gesetze Nichts im Wege, daß man eine Liegenschaft zum Ersatz und als Sondergut mittelst Sondergelder, die aus einer anderen Quelle als der Veräußerung einer Liegenschaft des Ehegatten herrühren, erwirbt: beide Fälle laufen auf das Nämliche hinaus, weil im Falle der Veräußerung, da die Liegenschaft nicht mehr vorhanden ist, der Ehegatte am Ende gerade so nur eine Summe Geldes erhält, als wenn ihm die Gelder aus einer anderen Quelle zuflössen. Eben so wenig kann ein Hinderniß dagegen in dem gefunden werden, daß man den Ersatz mittelst einer Liegenschaft bewirkt, welche vor der Veräußerung des zu ersetzenden Sonderguts erworben wurde, vorausgesetzt, daß diese Liegenschaft erst später mit den Geldern, die aus dem verkauften Sondergute herrühren, bezahlt wird, und daß alle anderen gesetzlich vorgeschriebenen Bedingungen ebenfalls eingehalten werden (Artikel 1434—1435, IV, 1470, 1595²; Zach. §. 511⁷).

22. — Wenn der eine Ehegatte zu einem beliebigen Antheil Miteigenthümer einer noch ungetheilten Liegenschaft ist, und es wird das Ganze oder ein Theil des Restes dieser Liegenschaft während der Ehe aus einem Grunde erworben, der, ohne diesen Umstand der Ungetheiltheit, errungenes Gut schaffen würde, dann fällt der erworbene Theil mit dem ungetheilten Antheile, der Sondergut des Ehegatten

ist, zusammen und wird Sondergut wie dieser (arg. Art. 883), vorbehaltlich des Ersatzes an die Gemeinschaft für den Preis dieses Theiles. Wenn in dem gleichen Falle jeder der beiden Ehegatten die Eigenschaft eines Miteigenthümers hatte, dann gehört der erworbene Theil Beiden, je nach Verhältniß des Betrags des Theils, den sie hatten.

Wir sagen, die Regel findet nur in dem Falle Anwendung, wo, ohne die Ungetheiltheit, der erworbene Theil Errungenschaft geworden wäre, und sie findet keine Anwendung, wenn dieser Theil, aus einem der früher angegebenen Gründe ein Sondergut bilden müßte (Art. 1404 ff.): denn entweder fällt dieses Sondergut an den Ehegatten, der nicht Eigenthümer ist, und dann hatte das Gesetz keine Veranlassung, dem Sondergut des einen Ehegatten vor dem des anderen einen Vorzug zu geben; oder es fällt an den Ehegatten, der schon Eigenthümer des anderen Theils ist, und dann brauchte das Gesetz für diesen Fall nicht einen neuen Sondergutsgrund aufzustellen, der ja nur ein Pleonasmus gewesen wäre. Unbestreitbar ist es übrigens (und das Gegentheil hat nur aus Unachtsamkeit geschrieben werden können), daß es nicht auf den Augenblick ankommt, wo die Ungetheiltheit begonnen hat, und daß man also, bezüglich der Sondereigenschaft des Rechts des Ehegatten bei dieser Ungetheiltheit, nicht darauf zu sehen hat, ob dieses Recht oder die Ungetheiltheit selbst während oder vor der Ehe entstanden sind. Für ebenso ausgemacht muß man annehmen, daß die Regel auf den Ehegatten Anwendung findet, der als Miterbe cum beneficio die ungetheilte Liegenschaft bei einer auf Betreiben der Erbschaftsgläubiger vorgenommenen Versteigerung erwirbt; man hat dagegen eingewendet, das sei nicht mehr der gesetzlich vorgesehene Fall der Erwerbung *eines Theils* der ungetheilten Liegenschaft, *deren anderen Theil* der Ehegatte *hatte und behält*, hier liege eine Veräußerung des dem Ehegatten gehörigen Antheils vor und mithin ein Erwerb der ganzen Liegenschaft durch denselben; diese Ansicht ist aber mehr spitzfindig als richtig, denn da das Eigenthum des Antheils, welchen der Ehegatte hatte, nie auf einem anderen Kopfe ruhte, als auf dem seinigen, so muß man richtiger sagen, daß der gerichtliche Zuschlag bezüglich dieses Theils nur eine Bestätigung seines Rechtes war und daß in Wirklichkeit nur bezüglich des anderen Theils neuer Erwerb eintritt (Art. 1408, I und II).

Nach dieser ersten Regel stellt das Gesetz, für den nämlichen Fall einer Ungetheiltheit, eine zweite auf, die zuweilen eine Ausnahme der ersteren bildet. Wenn der unabgetheilte Theil an der

Liegenschaft der Frau gehört und der Mann erwirbt den andern Theil, oder auch die Gesammtheit dieser Liegenschaft, dann ist der erworbene Gegenstand entweder Errungenschaft oder Sondergut der Frau, je nach ihrer Wahl. Wenn die Frau, anstatt ihr Wahlrecht im einen oder anderen Sinne auszuüben, darauf verzichtet und die Wirkung dieser neuen Verfügung abschneidet, dann wird der erworbene Gegenstand bald Sondergut nach der vorgehenden Regel, wenn der Mann nur den Theil erworben hat, der nicht der Frau gehört, und bald Errungenschaft, wenn er die ganze Liegenschaft erworben hat. Wenn man übrigens von einem Erwerbe durch den Ehemann spricht, so ist darunter jeder Erwerb (und nur der Erwerb) zu verstehen, welcher wirklich auch das Werk des Ehemannes ist, auf welche Weise er im Uebrigen auch zu Stande gekommen sein mag. Wenn der Mann z. B. erklärt hatte, er handle für Rechnung seiner Frau, so ist der Erwerb in Wirklichkeit doch nur durch ihn gemacht, sofern nicht nachgewiesen wird, daß er ihn im Vollzug eines von der Frau wirklich gegebenen Auftrags gemacht hat; und wenn die Frau selbst gekauft hatte, dann liegt es auf der Hand, daß, wenn sie nur in Folge eines Auftrags des Ehemanns gehandelt hat, ebenfalls durch diesen der Erwerb gemacht worden ist. Hat dagegen der Mann nur im Auftrage seiner Frau erworben, dann ist der Erwerb ebenso gut deren Werk, als wenn sie selbst gekauft hätte, und der erworbene Theil wird, nach der vorigen Regel, kraft Gesetzes ihr Sondergut (Art. 1408, III, VI).

Jedoch steht die Wahl, um die es sich hier handelt der Frau einzig und allein nur bezüglich des erworbenen Gegenstandes zu. Erwirbt daher der Mann nur einen Theil der Liegenschaft, dann ist es klar, daß die Befugniß, die Sache nach Belieben zu Sondergut oder zu einer Errungenschaft zu machen, zwar bezüglich des erworbenen Theils eintritt, keineswegs aber auch bezüglich des Theils, welcher der Frau verbleibt, dieser ist immer Sondergut, welchen Entschluß auch diese Frau wegen des andern Theils fassen mag: nur aus Unachtsamkeit konnte das Gegentheil gelehrt werden. Von selbst versteht es sich auch, daß die Frau der Gemeinschaft Vergütung schuldet, wenn sie sich das Erworbene aneignet; und die Gemeinschaft der Frau für den Theil Ersatz zu leisten hat, welcher derselben gehörte, wenn sie den Erwerb der Gesammtliegenschaft als Errungenschaft bestehen läßt. Zum Unterschied von der Annahme eines Ersatzes, muß die Wahl bei der Auflösung der Gemeinschaft getroffen werden und so lange die Gemeinschaft dauert,

kann die Frau solche nicht treffen; ebensowenig kann sie nach der Auflösung und wo es sich um die Auseinandersetzung handelt, verlangen, sich erst später aussprechen zu dürfen: ihre Weigerung sofort zu wählen würde einem Verzichte auf das Wahlrecht gleichgelten. Auf der anderen Seite und ebenfalls zum Unterschied von der Annahme eines Ersatzes, hat das Wählen eine rückwirkende Kraft und vernichtet die Veräußerungen und Bestellungen dinglicher Rechte, welche der Mann an der Liegenschaft etwa verwilligt hat (Art. 1408, IV, V, Zach. §. 507 a. E.).

23. — Die achte und letzte Quelle von liegenden Sondergütern, von der das Gesetz nicht zu sprechen brauchte, weil sie sich aus der Natur der Dinge selbst ergibt, ist die Accession an einem Sondergut eines Ehegatten. So oft man z. B. einen der Fälle einer Accession an einer Liegenschaft, welche das Gesetz angibt, hat, wie wenn Pflanzungen oder Anlagen auf dem Grundstücke des Ehegatten gemacht wurden, oder so oft man sich in der Lage befindet, wo der Gegenstand des Erwerbs mit Nothwendigkeit sich mit diesem Grundstück vereinigt und getrennt davon nicht bestehen kann, wenn man z. B. einer Liegenschaft ein Weg- oder Aussichtsrecht, oder das Miteigenthum an einer Scheidemauer erwirbt, dann muß der neue Gegenstand augenscheinlich Sondergut des Ehegatten werden, wie und mit der Liegenschaft, deren Zugehörde er ist.

Die Wirkung dieser Regel darf man aber nicht über die angegebenen Gränzen ausdehnen. Wenn z. B. ein Landstück erworben wird, um das Gehäge eines Ehegatten zu vergrößern, dann wird dieses Stück nicht Sondergut, wie das übrige Gehäge; denn hier befindet man sich weder in einem vom Gesetze vorgesehenen Accessionsfall, noch in einem Falle, wo sich die Accession aus der Macht der Umstände ergibt, weil das dem Gehäge zugefügte Land immer wieder davon getrennt werden kann (Art. 552—564, 1019). Ein weiterer Fall ist der, wo die Nutznießung, welche auf der Liegenschaft eines Ehegatten ruht, von denselben gekauft wird. Da diese Nutznießung sehr wohl für die Gemeinschaft, wie es früher für den Nutznießer der Fall war, auch künftighin ihre eigene und vom Eigenthum getrennte Existenz behalten kann, so darf man in diesem Falle eines einfachen Ankaufs nicht sagen, diese Nutznießung vereinige sich mit dem nackten Eigenthum und werde eine Nutznießung dem Namen nach, indem sie die Befreiung des Sonderguts bewirke, sie bleibt vielmehr als eine wirkliche Nutznießung fortbestehen: nur dann verhält es sich anders, wenn die Ehegatten die Nutznießung

ablösen, tilgen und nicht sie in ihre Gemeinschaft übergehen lassen wollten. Auf den ersten Blick kann es zwar auffallend scheinen, daß das Gesetz für diesen Erwerb einer Nutznießung nicht das thut, was es für den Fall der Ungetheiltheit thut; aber (abgesehen, daß dieser Unterschied in dem Grunde seine Erklärung finden kann, daß die Nutznießung den Ehegatten nie verloren geht und ihre Wiedervereinigung mit dem Eigenthum nicht einmal verzögert werden kann, während der erworbene Theil der unabgetheilten Liegenschaft für immer verloren wäre, wenn man ihn der Gemeinschaft zutheilen wollte) die einfache Thatsache, daß eine Ausnahme, die für einen Fall geschrieben ist, es nicht auch für die anderen ist, läßt diesen unter dem Grundsatze stehen, daß Erwerbungen während der Ehe Errungenschaften werden (Art. 1408, VII, 1437, Zach. §. 203).

24. — Fahrende Sondergüter. — In Bezug auf Fahrnisse müssen wir zwei Arten von Sondergütern unterscheiden, die man eigentliche und uneigentliche nennen kann. Zu jenen gehören diejenigen, welche, wie liegende Sondergüter, in Wirklichkeit Eigenthum des Ehegatten bleiben, um bei der Auflösung im Stück zurückgenommen zu werden; diese sind diejenigen, welche in die Gemeinschaft fallen, wie wenn sie Errungenschaft wären, dagegen dem Ehegatten ein Forderungsrecht geben, das ihrem Werthe gleichkommt; dazu gehören diejenigen, welche bestehen: — 1. in Fahrnissen, die durch den ersten Gebrauch aufgebraucht werden, oder — 2. in Fahrnissen, die entweder mit einem Anschlage, oder unter irgend einem anderen Umstande, der die Absicht kund gibt, vorbehaltlich der Vergütung, das Eigenthum aufzugeben, übergeben werden. Uebrigens entstehen diese zwei Klassen von Sondergütern aus den gleichen Ursachen, und diese Ursachen lassen sich auf drei zurückführen.

Fahrende Sondergüter sind: — 1. Die Erträgnisse der Sonderliegenschaften, welche nicht unter die Früchte gehören (Art. 1403, 590 ff.); — 2. die Fahrnisse, welche während der Ehe an die Stelle eines Sonderguts gesetzt werden (Art. 1433, 1470, 1493 u. arg. 1437); — 3. diejenigen, welche einem Ehegatten unter der Bedingung geschenkt werden, daß sie für ihn Sondergut bleiben sollen (Art. 1408, VIII, 1401 Nr. 1, Zach. §. 507, 511).

— 1. Wir haben schon gesehen, daß die Gemeinschaft nur auf die Erzeugnisse der Güter einen Anspruch hat, welche man Früchte nennt: andere Erzeugnisse sind also Sondergüter des Ehegatten. Zu diesen Erzeugnissen, müssen wir die Hälfte des Schatzes zählen,

welche jure soli dem Eigenthümer des Grundstückes gehört, in dem der Schatz gefunden wird; und mit Recht wird die entgegengesetzte Ansicht einiger Rechtsgelehrten von dem größten Theil der Schriftsteller verworfen, weil der Code, indem er der Hälfte, die jure inventionis verliehen wird, ihre Natur einer Summe gewöhnlichen Geldes beläßt, so daß sie in die Gemeinschaft fällt, im rechtlichen Sinne der anderen Hälfte, nach der alten Lehre von Chopin und Pothier, eine andere Natur beilegt und sie als einen Theil der Liegenschaft fingirt, welcher daraus gezogen wird, ohne eine Frucht derselben zu sein (Art. 1408, VIII, Art. 1403, V, in fine, Art. 716 und arg. Art. 598, Zach. §. 507, Note 6).

— 2. Jede Substitution eines fahrenden Guts an die Stelle eines Sonderguts gibt natürlich ein fahrendes Sondergut. Sondergut ist z. B. der Preis eines verkauften Sonderguts; das Gleichstellungsgeld, welches dem Ehegatten, im Falle der Vertauschung eines Sonderguts, von seinem Vertauscher bezahlt wird; das, welches ihm bei einer Erbschaftstheilung von seinem Miterben herausbezahlt wird, wenn diese Erbschaft eine durchaus liegenschaftliche ist; die Preisergänzung, welche ein Käufer im Fall eines von einem Ehegatten vorgenommenen zu wohlfeilen Verkaufs (Art. 1674), wo der Ehegatte auf Rescision klagt, zahlt, um der Eviction zu entgehen (Art. 1681). Ebenso verhält es sich immer bei einer facultativen Forderung, deren Gegenstand ein liegenschaftlicher ist und die durch Lieferung eines Fahrnißgegenstands, der in facultate solutionis vorbehalten war, getilgt wird (arg. Art. 1433, 1437 und z. B. Art. 891 2c. Zach. § 507 und 300).

— 3. Die letzte Quelle von fahrenden Sondergütern liegt in der Schenkung unter Lebenden oder durch Testament, welche einem Ehegatten unter der ausdrücklichen Bedingung gemacht wird, daß die geschenkten Fahrnisse Sondergut bleiben sollen. Für den Ausdruck der Bedingung ist keinerlei Formel vorgeschrieben, sie kann sich aus beliebigen Ausdrücken ergeben; immer ist aber erforderlich, daß diese Bedingung ausgedrückt wird, der Wille des Verfügenden muß in dieser Beziehung durch den Akt selbst konstatirt werden, eine stillschweigende Kundgebung wäre ungenügend (Zach. §. 507, Note 14). Würde jedoch eine derartige Schenkung einem Vorbehaltserben gemacht, der die Erbschaft des Verfügenden annimmt, dann dürfen, wenn sie nicht angefochten werden soll, die geschenkten Fahrnisse nicht einen Theil des Vorbehalts bilden, sonst könnte der andere Ehegatte, als Rechtsfolger des Geschenknehmers kraft des

Ehevertrags darauf antragen, daß die Bedingung für nicht gestellt und die geschenkten Fahrnisse für Güter der Gemeinschaft erklärt werden (Art. 1408, VIII, 1401 Nr. 1, 913, 788, 1166, 2092, 2093, Zach. §. 507 Note 13 u. §. 513).

§. 2. — Von dem Schuldenstande der Gemeinschaft und von der Unterscheidung von gemeinschaftlichen und persönlichen Schulden.

25. — Die Worte Schuldenstand der Gemeinschaft, Schulden der Gemeinschaft, persönliche Schulden der Ehegatten haben zweierlei Bedeutung, je nachdem es sich um die Eheleute unter sich und den definitiven Stand der Dinge, oder nur um das Verhältniß zwischen den Eheleuten und den Gläubigern handelt. Wenn die Schulden einer Seits häufig aus den Gütern bezahlt werden müssen, von denen sie am Ende aller Ende zu tragen sind, so müssen sie andrer Seits auch oft aus Gütern bezahlt werden, die in dieser Beziehung nur einen Vorschuß machen, und die dem Gläubiger gegenüber nur vorbehaltlich ihres Rückgriffs oder der Vergütung aus dem Vermögen des wahren Schuldners haften. So ist die Gemeinschaft oft gehalten eine Schuld zu zahlen, die dem einen Ehegatten persönlich zur Last bleiben muß; und umgekehrt kann dieser Ehegatte gehalten sein, eine Schuld zu tilgen, die zuletzt entweder dem anderen Ehegatten, oder der Gemeinschaft zur Last bleibt. Demnach haben wir hier für jede Schuld in folgender Reihenfolge festzusetzen: — 1. auf welche Güter der Gläubiger wegen seiner Zahlung greifen kann, und — 2. welche Güter sie endgültig tragen müssen.

Wir prüfen unter diesem doppelten Gesichtspunkt gesondert: — 1. Die Schulden, die älter als die Ehe sind; — 2. diejenigen, die während der Ehe als Schuldenstand der den Ehegatten anfallenden Erbschaften oder Schenkungen beikommen; — 3. endlich diejenigen, welche während der nämlichen Zeit durch die Handlung dieser Ehegatten entstehen.

1. Von den Schulden, die bei Abschluß der Ehe vorhanden sind.

26. — Zur Regelung des Schicksals der Schulden, mit welchen die Ehegatten im Augenblick des Eheabschlusses belastet sind, unterscheidet das Gesetz, ob sie fahrende oder liegenschaftliche sind. Eine Schuld ist fahrend (Art. 529), wenn sie eine Fahrniß, liegenschaftlich, wenn sie eine Liegenschaft zum Gegenstande hat. Die

liegenschaftlichen Schulden sind heut zu Tage ziemlich selten, kommen jedoch hie und da vor, und dahin gehört z. B. die einem Legatar auferlegte Verbindlichkeit auf seiner Liegenschaft, dem Eigenthümer einer anderen Liegenschaft eine Dienstbarkeit zu bestellen.

Die liegenschaftlichen Schulden bleiben unbestritten persönliche des Ehegatten, der sie schuldet und können nur gegen ihn verfolgt werden. Dagegen kann wegen fahrender Schulden nicht allein auf die Güter des Ehegatten, sondern auch auf die der Gemeinschaft und folglich auch auf die des Ehemanns sogar wegen einer Schuld gegriffen werden, die von der Frau herrührt; denn jede Schuld der Gemeinschaft ist als solche auch eine Schuld des Ehemanns (vergl. Art. 1485). Wenn aber auch alle vorehelichen Schulden gegen die Gemeinschaft betrieben werden können, so bleiben sie doch nicht alle ihr zur Last, und sie hat Vergütung von dem schuldenden Ehegatten für diejenigen dieser Schulden anzusprechen, welche sich auf eine Liegenschaft dieses Ehegatten beziehen, oder ausschließlich Schulden dieser Liegenschaft sind. Unter einer Schuld, die sich auf eine Liegenschaft bezieht, versteht man diejenige, welche der Ehegatte Behufs der Erwerbung, Erhaltung oder Verbesserung einer beim Abschlusse ihm gehörenden Liegenschaft kontrahirt hat; und eine Schuld der Liegenschaft ist die, welche kraft einer Hypothek auf dieser Liegenschaft ruht, ohne daß der Ehegatte aus einem anderen Grunde (die Schuld also einen Anderen angeht) dafür haftet, als weil er Inhaber ist (Art. 1409—1410, III und IV, Art. 1659 1437, 1419, 1428, Zach. §. 508).

27. — Uebrigens leidet der Grundsatz, daß voreheliche fahrende Schulden der Gemeinschaft zur Last fallen (vorbehaltlich der Vergütung für diejenigen, welche ausschließlich Schulden einer Sonderliegenschaft sind oder wenigstens diese Liegenschaft betreffen), bezüglich derjenigen eine Ausnahme, welche von der Frau herrühren und in die Fälle einschlagen, in welchen die allgemeinen Grundsätze einen schriftlichen Beweis verlangen, sofern sie nicht durch einen Akt erwiesen sind, der ein sicheres voreheliches Datum hat (Art. 1328). Die Schuld bleibt in diesem Falle ausschließlich der Frau zur Last, und kann wegen ihr sogar nur auf das nackte Eigenthum der Güter derselben gegriffen werden, da der Ertrag dieser Güter der Gemeinschaft gehört. Geht aber das sichere Datum dem Eheabschluß voran, dann genügt das schon, um der Grundregel ihre Wirksamkeit wieder zu verleihen und der Umstand, daß es etwa jünger ist, als die Abfassung des Ehevertrags ist bedeutungslos, was auch gewisse

Autoren dagegen gesagt haben mögen; denn hier liegt das Motiv des Gesetzes, d. h. die Gefahr nicht vor, daß die Frau **während der Ehe** mittelst Vordatirungen die Gemeinschaft verpflichtet (Zach. §. 508, Note 11, Art. 1404).

Wenn ferner der Ehemann, der als Haupt der Gemeinschaft für eine so von der Frau ausgegangene Schuld, die kein sicheres Datum hat, belangt wird — für eine Schuld, für welche die Gemeinschaft nicht zu haften hat, dennoch ohne Bemerkung oder Vorbehalt bezahlt, dann wird von ihm angenommen, daß er die Existenz der Schuld vor der Ehe anerkennt und er hat keinen Rückgriff auszuüben. Anders würde es sich verhalten und der Gemeinschaft müßte von der Frau Vergütung geleistet werden, wenn die Schuld, welche eines sicheren Datums entbehrt, nur unter Vorbehalt bezahlt worden wäre (Art. 1410, III, Zach. §. 508, Note 10).

2. Schulden auf Erbschaften und Schenkungen, die während der Ehe anerfallen.

28. — Die Schulden, die auf Erbschaften und Schenkungen ruhen, welche den Ehegatten während der Dauer der Gemeinschaft anerfallen, werden von Regeln regiert, die ebenso einfach sind, was die gegenseitigen Rechte der Eheleute anbelangt, als sie verwickelt sind, was das Recht der Gläubiger betrifft, sie gerichtlich zu betreiben.

Bezüglich der Eheleute und was die Frage betrifft, wer die Schulden definitiv tragen muß, beschränkt sich die Regel darauf, daß diese Schulden nach dem Belaufe der Fahrnisse der Erbschaften oder Schenkungen auf der Gemeinschaft, und für den Ueberschuß auf dem erbenden oder beschenkten Ehegatten ruhen. Die Schulden mögen also fahrende oder liegenschaftliche, sie mögen sich auf anerfallene Liegenschaften beziehen oder nicht, so müssen sie doch von der Gemeinschaft ganz getragen werden, wenn die Erbschaft oder Schenkung eine ganz fahrende ist; der Ehegatte hat sie ganz zu tragen, wenn die Erbschaft oder Schenkung eine ganz liegenschaftliche ist; sie ruhen endlich zu einem Theile auf der Gemeinschaft und bezüglich des Restes auf dem Ehegatten, wenn die Erbschaft oder Schenkung zugleich eine fahrende und eine liegenschaftliche ist (Art. 1411, 1412, 1414, Zach. §. 513).

In diesem Falle einer gemischten Erbschaft oder Schenkung muß der Betrag des Mobiliars im Verhältniß zu den Liegenschaften durch ein Inventar konstatirt werden, das den Anschlag dieses Mobiliars enthält. In allen Fällen und selbst dann, wenn es sich

um eine der Frau anerfallene Erbschaft oder Schenkung handelt, ruht die Verbindlichkeit, dieses Inventar aufnehmen zu lassen, auf dem Ehemanne, der mithin allein für Nichterfüllung dieser Förmlichkeit verantwortlich ist. Erheben sich also, in Folge der Unterlassung des Inventarisirens bei Auflösung der Gemeinschaft, Anstände über den Betrag, welchen der fahrende Theil der gemischten Erbschaft oder Schenkung hatte und folglich über den Antheil des Beitrags des Ehegatten oder der Gemeinschaft zu den Schulden, so sind die Frau oder deren Stellvertreter ermächtigt, diesen Betrag nicht allein durch Rechtsurkunden, sondern auch durch Zeugen und sogar durch den gemeinen Ruf vermuthungsweise darzuthun. Dagegen kann weder der Mann, noch seine Erben, weil ein Erbe nicht mehr Rechte haben kann als sein Rechtsvorfahrer, zu diesen ausnahmsweisen Beweismitteln seine Zuflucht nehmen; er kann nur mit Rechtsurkunden Beweis führen (Art. 1414—1417, I, Zach. §. 513, 757).

Wenn bei fahrenden Erbschaften der erbende Ehegatte an den Erblasser eine Forderung hat, die sein Sondergut ist, so bleibt ihm diese Forderung auch an die Gemeinschaft; ebenso wie auch die Gemeinschaft, wenn er Schuldner einer Schuld war, die ihm persönlich ist, ihm gegenüber Gläubigerin bleibt. Da die Gemeinschaft an die Stelle des Ehegatten tritt, was den Bezug des Aktiv- und Passivvermögens der Erbschaft betrifft, so bezieht sie die Erbschaftsrechte neben dem Ehegatten, und es kann also eine Rechtsvermischung bei diesem Ehegatten nicht stattfinden. Diese Bemerkung findet zwar auf den fahrenden Theil gemischter Erbschaften Anwendung, ist aber begreiflicher Weise auf liegenschaftliche Erbschaften unanwendbar, weil deren Activ- wie Passivbestand vollständig Sondergut des Ehegatten bleibt (Art. 1411—1413, II, Zach. §. 513. Note 1).

Die letzte Bemerkung, die wir hier, bezüglich der Schenkungen zu machen haben, besteht darin, daß, wenn ein Geschenkgeber, abweichend von dem gewöhnlichen Prinzip, über fahrende Güter, unter der Bedingung, daß sie Sondergut des Ehegatten bleiben, oder über Liegenschaften mit der Bestimmung, daß sie in die Gemeinschaft fallen sollen, verfügte, die Schulden im ersten Falle dem Ehegatten, im zweiten der Gemeinschaft zur Last bleiben. Klar ist übrigens, daß alles eben Gesagte auf jede Schenkung, sie mag unter Lebenden oder eine testamentarische sein, Anwendung findet, und zwar nicht allein auf Verfügungen titulo universali, sondern auch auf solche Verfügungen titulo particulari, die die Auflage der Schuldenzahlung enthalten (Art. 1418, 1401, 1405, Siehe auch Art. 610—612).

29. — Wie bereits angeführt wurde, stellt das Gesetz, bezüglich des Rechts der Gläubiger zu gerichtlicher Betreibung, hier ziemlich verwickelte Regeln auf. Abgesehen von der Eintheilung der Erbschaften oder Schenkungen in fahrende, liegenschaftliche und gemischte, unterscheidet das Gesetzbuch in dieser Beziehung noch weiter, ob diese Erbschaften oder Schenkungen dem Manne oder der Frau anerfallen sind, ob sie im letzteren Fall mit ehemännlicher oder nur mit gerichtlicher Ermächtigung angenommen worden sind, und ob endlich, wenn sie im Ganzen oder zum Theil fahrend sind, ein Inventar aufgenommen wurde oder nicht.

Liegenschaftliche Erbschaften und Schenkungen. — Wenn die Güter dem Ehemanne zufallen, dann können die Gläubiger ihren gerichtlichen Zugriff richten: — 1. auf die anerfallenen Liegenschaften, die offenbar in allen Fällen ihr Pfand bleiben; — 2. auf die anderen Güter des Mannes, weil er der Schuldner ist; — 3. auf Gemeinschaftsgüter (weil jede Schuld des Mannes den Gläubigern gegenüber eine Schuld der Gemeinschaft ist), jedoch vorbehaltlich des Vergütungsanspruchs der Gemeinschaft.

Waren die Liegenschaften der Frau anerfallen und wurden sie mit Einwilligung des Ehemanns angenommen, dann kann die Betreibung gerichtet werden: — 1. gegen die anerfallenen Güter; — 2. gegen die anderen Sondergüter der Frau, sogar sammt deren Ertrag, nicht aber auch gegen die Güter der Gemeinschaft und die des Ehemannes; denn die Einwilligung des Mannes in eine Verbindlichkeitsübernahme der Frau verpflichtet in der Regel den Mann nicht (qui auctor est non se obligat), und nur in dem Fall, wo das Gesetz ausdrücklich diesem Grundsatze derogirt, erstreckt sich die Verpflichtung der von dem Manne ermächtigten Frau auch auf diesen und auf die Gemeinschaft. War die Frau nur vom Gericht ermächtigt worden, dann können die Gläubiger, außer auf die anerfallenen Liegenschaften, nur auf das Grundeigenthum der Güter der Frau greifen (Art. 1411—1413, I, 1417, 1419 und 1426, Zach. §. 513 und 509, Note 24).

Fahrende Erbschaften und Schenkungen. — Sind sie dem Manne anerfallen, dann geht der Zugriff: — 1. auf die Güter der Gemeinschaft; — 2. auf die des Mannes, vorbehaltlich der Vergütung an diesen.

— 1. Sind sie der Frau anerfallen und wurden sie vom Manne oder von der Frau mit dessen Ermächtigung angenommen, dann kann man greifen: — a. auf die Güter der Gemeinschaft, weil sie

hier die Schulden zu tragen hat; — b. auf die Güter des Mannes (weil für die Gläubiger jede Schuld der Gemeinschaft eine Schuld des Mannes ist), jedoch vorbehaltlich der Vergütung an den Mann; — c. auf die Güter der Frau, vorbehaltlich der Vergütung an sie aus der Gemeinschaft. — 2. Geschah die Annahme durch die Frau nur mit gerichtlicher Ermächtigung, es ist aber ein Inventar vorhanden: — a. auf die Güter der Gemeinschaft, aber nur bis zum Belauf der anerfallenen Fahrnisse; — b. auf die Güter der Frau nur bezüglich des Grundeigenthums, vorbehaltlich der Vergütung an dieselbe aus der Gemeinschaft. War in diesem Fall der Annahme mit gerichtlicher Ermächtigung kein Inventar vorhanden dann kann auf die Güter der Gemeinschaft wegen des Ganzen und auf die der Frau, wie eben angegeben wurde, gegriffen werden (Art. 1411—1413, II, 1409 Nr. 2, 1419 und arg. Art. 1416 Zach. §. 513).

Gemischte Erbschaften und Schenkungen. — Das Recht der gerichtlichen Betreibung kann wie folgt ausgeübt werden:

Wenn sie dem Manne anerfallen sind: — 1. gegen die anerfallenen Güter (vorbehaltlich der Vergütung an die Gemeinschaft, wenn aus den Fahrnissen das Ganze oder mehr als der auf diese Fahrnisse treffende Theil, und an den Ehemann, wenn aus den Liegenschaften das Ganze oder ein zu großer Theil bezahlt wird); — 2. gegen das Sondergut des Ehemanns (vorbehaltlich der Vergütungsleistung durch die Gemeinschaft für den auf die Fahrniß treffenden Theil); — 3. gegen die Gemeinschaftsgüter (vorbehaltlich des Vergütungsanspruchs an den Mann wegen des auf die Liegenschaften treffenden Theils).

Sind sie der Frau anerfallen und mit Ermächtigung des Ehemannes angenommen worden: — 1. gegen die anerfallenen Güter (vorbehaltlich der Vergütung an die Gemeinschaft oder an die Ehefrau, wie oben Nr. 1): — 2. gegen das Sondergut der Frau (vorbehaltlich des Vergütungsanspruchs an die Gemeinschaft wegen des auf die Fahrnisse treffenden Theils); — 3. gegen die Güter der Gemeinschaft (vorbehaltlich des Vergütungsanspruchs an die Frau wegen des auf die Liegenschaften treffenden Theils); — 4. gegen das Sondergut des Mannes (vorbehaltlich des Vergütungsanspruchs an die Gemeinschaft wegen des die Fahrniß und an die Frau wegen des die Liegenschaften treffenden Theils). Ist blos gerichtliche Ermächtigung, aber auch ein Inventar vorhanden: — 1. gegen die anerfallenen Güter (vorbehaltlich der Vergütung, wie oben Nr. 1);

— 2. gegen das nackte Eigenthum der Güter der Frau (vorbehaltlich der Vergütung, wie oben Nr. 2). Wurde kein Inventar aufgenommen, dann geht Alles so vor sich, wie wenn ehemännliche Ermächtigung vorhanden gewesen wäre, außer daß der Zugriff nicht auch gegen das Sondergut des Ehemanns geht (Art. 1414—1417, II, Zach. §. 513).

3. Von den Schulden, welche die Ehegatten während der Ehe kontrahiren.

30. — Hierbei ist natürlich ein großer Unterschied zwischen Mann und Frau. Daraus, daß der Mann das Haupt der Gemeinschaft in einer Weise ist, daß seine Schulden Schulden der Gemeinschaft und umgekehrt sind (Zach. §. 509), folgt, daß die Güter der Gemeinschaft durch alle obligatorische Akte des Mannes, so gut durch unerlaubte Akte, als durch Verträge und Quasicontracte, verpflichtet werden. Von dieser Grundregel machen nur die Verbindlichkeiten eine Ausnahme, welche aus einem Verbrechen entspringen, in Folge dessen der bürgerliche Tod in dem Augenblick der Betreibung durch den Gläubiger schon eingetreten ist. Diese Betreibung kann hier nur gegen den Gemeinschaftsantheil gerichtet werden, welcher in Folge der Auflösung, welche der bürgerliche Tod nach sich zieht, persönliches Gut des Mannes (oder vielmehr seiner Erben) geworden ist (Art. 1424—1425, I und III, Zach. §. 509, Note 12).

Was die Frau anbelangt, so verpflichten die von ihr in gültiger Weise eingegangenen Verbindlichkeiten (die somit gegen die Güter derselben betrieben werden können) im Allgemeinen und durch eine Derogation, welche der Gesetzgeber in der Lehre von der Gemeinschaft von den Grundsätzen des gemeinen Rechts macht, auch die Güter der Gemeinschaft und die des Mannes, wenn sie mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Mannes übernommen worden sind. Diese Derogation vom gemeinen Rechte, welches vorschreibt: qui auctor est non se obligat, entspringt aus der Befürchtung, die der Gesetzgeber hegte, daß der Mann seinen Einfluß auf die Frau dazu mißbrauche, daß er dieselbe veranlasse, Verbindlichkeiten für ihre Person einzugehen, die doch das Interesse dieses Mannes oder der Gemeinschaft zum Gegenstande haben. Unter diese Regel fällt eine öffentliche Handelsfrau, indem, wenn diese Frau durch ihre Rechtsgeschäfte, die sie für ihren Handelsbetrieb abschließt, den Mann und die Gemeinschaft verbindlich macht, dieß kraft der ausdrücklichen oder stillschweigenden Einwilligung geschieht, die sie erlangt haben mußte, um die Eigenschaft einer

öffentlichen Handelsfrau zu bekommen. — Ohne diese Einwilligung des Mannes verpflichten die Rechtsgeschäfte der Frau im Allgemeinen weder die Gemeinschaft noch den Mann, und können nur gegen das nackte Eigenthum der Frau geltend gemacht werden (Art. 1419—I und 1426—I, 1406 Nr. 2, Zach. §. 508).

In zwei Fällen, von denen wir den einen schon kennen, macht das Gesetz von der obigen Regel eine Ausnahme und kehrt zum gemeinen Rechte zurück, nämlich: — 1. bezüglich liegenschaftlicher Erbschaften oder Schenkungen, welche die Frau mit Ermächtigung des Mannes angenommen hat; — 2. bezüglich des Verkaufs, welchen eine von ihrem Manne ermächtigte Frau mit ihren Liegenschaften vornimmt. In diesen beiden Fällen geht man auf den Grundsatz zurück, qui auctor etc., und nur die Frau kann gerichtlich belangt werden (Art. 1413, 1432, Zach. §. 509, Note 24 und §. 513, Note 8). Umgekehrt und in Folge einer entgegengesetzten Ausnahme verpflichtet die Frau in manchen Fällen die Gemeinschaft und den Mann ohne dessen Einwilligung und mit bloßer Ermächtigung des Gerichts. Dieß tritt ein, wo es sich darum handelt — 1. dem Manne seine Freiheit wieder zu geben, oder sie ihm zu erhalten; — 2. einem Kinde in Abwesenheit des Mannes, durch Verheirathung oder sonst wie eine Versorgung zu verschaffen (Art. 1419, I, 1427, II, Zach. §. 509).

Daraus, daß eine von ihrem Manne nicht ermächtigte Frau im Allgemeinen weder den Mann noch die Gemeinschaft, wäre es auch durch erlaubte Rechtshandlungen, verpflichten kann, folgt, daß sie dieselben auch nicht durch unerlaubte Handlungen verbindlich machen kann, und daß ihre Delicte und Quasidelicte nur das nackte Eigenthum ihrer persönlichen Güter verpflichten (Art. 1424, II, Zach. §. 509).

Wenn jedoch die Frau, welche mit ehemännlicher Ermächtigung Verträge schließt, nicht in eigenem Namen, sondern als Mandatarin des Mannes und im Vollzug der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vollmacht desselben gehandelt hatte, dann verpflichtet sie natürlich den Mann und die Gemeinschaft, ohne sich selbst verbindlich zu machen (Art. 1420—I, arg. Art. 1998, 1421, Zach. §. 509, Note 27).

31. — Wenn die Gemeinschaft auch gehalten ist, die verschiedenen Schulden, von denen wir gesprochen haben, zu bezahlen, so braucht sie doch nicht alle definitiv zu tragen; mithin müssen wir, nach Feststellung des den Gläubigern zustehenden Rechts der ge-

richtlichen Verfolgung ihr gegenüber auch sehen, wann sie einen Anspruch auf Ersatz hat.

Vergütung findet bei den Schulden statt, welche die Gemeinschaft in Folge von Delicten des Mannes bezahlt hat, und zwar sowohl für den Aufwand und die Entschädigungen aus diesen Delicten, als für die Geldstrafen, die sie veranlaßt haben. Es wäre in der That unbillig, die Frau ihren Theil an den Folgen der Uebelthaten ihres Mannes tragen zu lassen. Anders verhält es sich mit bloßen Quasidelicten: diese muß man als Zufälle ansehen, die von jeder Verwaltung unzertrennlich sind und wofür somit keine Vergütung zu leisten ist (Art. 1424, I und II).

Offenbar hat die Gemeinschaft ferner Vergütung in allen den Fällen anzusprechen, wo sie eine Schuld bezahlt hat, die im persönlichen Interesse des einen Ehegatten kontrahirt worden war; wie auch dieser Ehegatte dem anderen Ehegatten Vergütung leisten müßte, wenn eine Schuld des Ersteren aus dem Vermögen des Letzteren bezahlt worden wäre. Dieser Fall liegt z. B. vor, wenn die Frau mit ihrem Gelde Zahlung geleistet hat, um den Mann aus dem Gefängniß zu befreien, oder wenn die Schuld, welche die Frau in ihrem eigenen Interesse mit ehemännlicher Ermächtigung kontrahirt hat, aus dem Vermögen des Mannes gedeckt worden ist (Art. 1419, II, 1427, II, 1437, 1409 Nr. 1, 1406, 1408, 1478, Zach. §. 510, 511).

32. — Unter den Schulden, welche die Gemeinschaft ohne Ersatz zu zahlen hat, und die demnach deren Schuldenstand im eigentlichen Sinne bilden, muß man diejenigen begreifen, welche die Tilgung von Ehelasten, Nutznießungslasten der Sondergüter der Eheleute, oder von Zinsen und Zielern der persönlichen Schulden dieser Ehegatten bezwecken.

Zunächst hat die Gemeinschaft allen Aufwand zu tragen, der die Lasten der Ehe ausmacht, d. h. den Aufwand, welcher sich auf die Bedürfnisse der Haushaltung, den Unterhalt der Eheleute und der gemeinschaftlichen Kinder, die Erziehung dieser Kinder ꝛc. bezieht. Hierbei ist zu bemerken, daß, was diejenigen dieser Ausgaben betrifft, welche die Kleinigkeiten der Haushaltung anbelangen, wie es denn auch dem Gebrauch und der Ordnung zuwider wäre, wenn sich der Mann mit diesen Sorgen abgeben wollte, die von der Natur selbst der Frau aufgelegt sind, es sich von jeher so verstanden hat und sich noch so versteht, daß die Frau so angesehen werden muß, als ob sie einen präsumirten Auftrag vom Haupte

der Gemeinschaft habe, diese Arten von Schulden zu kontrahiren, so daß solche gegen das Vermögen des Mannes und der Gemeinschaft betrieben werden können, ohne daß dieß auf das der Frau stattfinden dürfte. Die Präsumtion für den Auftrag fällt natürlich hinweg, wenn die Käufe mit Hintansetzung des den Lieferanten bekannten Willens des Mannes geschlossen worden sind; und wenn es sich um eine Frau handelt, die gar nicht bei ihrem Manne wohnt, dann haftet dieser und die Gemeinschaft nur insofern, als die Trennung mit seiner Einwilligung stattgefunden hat und er nicht selbst den Unterhalt der Frau liefert (Art. 1409, V, 1420, I u. II, Zach. §. 508, Note 18 u. 20).

Die Gemeinschaft trägt ferner definitiv alle Nutznießungslasten der Sondergüter der Ehegatten, und namentlich den Unterhaltungsaufwand (z. B. Art. 605 u. 606). Ebenso trägt sie, aber nur was die Sondergüter der Frau anbelangt, die Hauptreparaturen, die in Folge der Unterlassung der Reparaturen während der Ehe nothwendig werden. Anders verhält es sich mit den Gütern des Mannes, weil man diesem das Recht nicht zugestehen kann, sich von der Gemeinschaft den Schaden zahlen zu lassen, den er durch sein eigenes Verschulden verursacht hat (Art. 1409, V, 605, 1424 u. 1428).

Von Bedeutung ist die Bemerkung, daß selbst bei den Schulden, die persönliche des einen Ehegatten im strengsten Sinne sind, wie z. B. die einer ihm anerfallenen rein liegenschaftlichen Erbschaft, die Gemeinschaft die Zinsen und die Zieler dieser Schulden, die während der Dauer der Gemeinschaft fällig werden, in der Weise trägt, daß die Schulden, welche persönliche eines Ehegatten bleiben, es während der Dauer der Gemeinschaft nur bezüglich des Kapitals sind (Art. 1409, V, Zach. §. 508).

II. Abschnitt.

Von der Verwaltung der Gemeinschaft und der der Sondergüter.

I. Von der Verwaltung der Gemeinschaft.

33. — Die Verwaltung der Gemeinschaftsgüter ist ganz natürlich dem Ehemanne anvertraut, der in dieser Beziehung weit anders ausgedehnte Befugnisse hat als ein gewöhnlicher Verwalter, Befugnisse, die beinahe denen eines ausschließlichen Eigenthümers gleich stehen. Man drückt das mit den Worten aus, der Mann ist Verwalter cum libera potestate, oder kürzer, Verwalter cum libera.

Die Rechte des Hauptes der Gemeinschaft gestatten ihm nicht nur Bestandverträge von langer Dauer, Kompromisse, Vergleiche

abzuschließen; sie ermächtigen ihn auch, die Liegenschaften zu verpfänden, sie mit Servituten zu belasten, sogar sie zu veräußern. Jedoch fällt sein Veräußerungsrecht der Regel nach da weg, wo es sich um eine unentgeltliche Veräußerung handelt (und darin, sowie in dem Rechte der Frau, im Falle verderblicher Verwaltung, die Auflösung der Gemeinschaft zu erwirken, liegt der Unterschied zwischen den Befugnissen des Ehemanns und deren eines Eigenthümers). Der Ehemann kann, der Regel nach und abgesehen von den folgenden zwei Ausnahmen, weder allein, noch, trotz entgegengesetzter Ansichten, mit Einwilligung der Frau, noch in der Weise Gemeinschaftsgüter unter Lebenden verschenken, daß diese mit ihm zugleich schenkt (Art. 1421—1423, I und II, Zach. §. 509).

34. — Dieses Schenkungsverbot tritt in zwei Fällen nicht ein. Der erste ist die eheliche oder sonstige Versorgung eines gemeinschaftlichen Kindes; und der Mann kann dem Kinde zu diesem Zweck sogar eine universelle Schenkung mit der Gesammtheit der Güter machen, aus denen im Augenblick die Gemeinschaft besteht. Wir sagen mit den Gütern, aus denen im A u g e n b l i c k e die Gemeinschaft besteht; denn eine Schenkung künftiger Güter, eine vertragsweise Einsetzung, als welche nur für die Zeit des Ablebens des Verfügenden und mithin für eine Zeit, wo keine Gemeinschaft mehr besteht, gemacht wird, kann nicht zu den Befugnissen des Verwalters dieser Gemeinschaft gehören und fällt unter das gemeine Recht, so gut wie ein Vermächtniß, von dem wir alsbald sprechen werden. Der zweite Fall ist der, wo der Mann nur Fahrnisse titulo particulari verschenkt. Diese darf er verschenken, jedoch unter der Bedingung, die zu dem Behufe gestellt ist, um diese Freigebigkeiten zu vermindern, daß er sich nicht die Nutznießung der geschenkten Sachen vorbehält. Die Schenkung kann in diesem zweiten Falle zu Jedermanns (Art. 911, 1469) Gunsten gemacht werden, vorbehaltlich der Vergütung, wenn der Mann mittelst dieser Schenkung eine ihm persönliche Schuld deckt (Art. 1421—1423, III und IV, Zach. §. 509).

Außer diesen zwei Fällen ist eine Schenkung von Gemeinschaftsgütern nichtig. Die Nichtigkeit ist hier aber keine absolute; sie besteht nur der Frau gegenüber und im Interesse derselben, wenn sie nach der Auflösung der Gemeinschaft sich theilhaftig macht. Folglich wird, so lange die Gemeinschaft dauert, die Schenkung vollzogen: und wenn die Frau nach der Auflösung auf die Gemeinschaft verzichtet, so tritt der Fall ein, daß, da die Gemeinschafts-

güter dadurch persönliche Güter des Mannes werden, dieser nur über seine Sache verfügt hat, und die Schenkung bleibt gültig. Macht sich die Frau theilhaftig, dann wird die Theilung der Gemeinschaftsgüter so vorgenommen, wie wenn die Schenkung gar nicht stattgefunden hätte, und die Frau nimmt von dem Donatar die Güter, welche auf ihr Loos fallen, wenn sie sich noch da vorfinden; da aber das Rechtsgeschäft, das nur bezüglich der Frau nichtig ist, immerhin zwischen dem Ehemann und dem Geschenkgeber wirksam bleibt, so hat dieser das Recht, von den Gütern des Mannes das Aequivalent dessen zu nehmen, was er der Frau zurückgibt (Art. 1421—1423, V, 1480 und 1096, Zach. §. 509).

35. — Für Vermächtnisse und Vertragserbeinsetzungen, als Akte, durch welche der Verfügende erst für die Zeit seines Ablebens, mithin für eine Zeit verfügt, zu welcher die Gemeinschaft der Ehegatten aufgehört haben wird, gelten die Befugnisse nicht, welche dem Haupte der Gemeinschaft bezüglich der Schenkungen unter Lebenden zustehen, und der Mann kann sogar nicht einmal zur Versorgung eines gemeinschaftlichen Kindes auf diesem Wege über die Gesammtheit der Gemeinschaft verfügen. Der Mann steht hier (vorbehaltlich der letzten Vergünstigung, die wir gleich angeben werden) unter der Herrschaft des gemeinen Rechts, und die Verfügung ist, wie es ihrer Seits die der Frau wäre, nur bezüglich der Güter gültig, welche die Theilung (oder der Verzicht der Frau) ihm zuscheidet. Jedoch genießt er hier eine Vergünstigung, welche weder der Wortlaut, noch die Motive des Gesetzes auf die Frau auszudehnen gestatten; während nämlich die Verfügung dieser Letzteren in Allem dem an absoluter Nichtigkeit leidet, was nicht in ihr Loos fällt, ist die Verfügung des Mannes in dieser Hinsicht nur bezüglich der Frau nichtig, und der Bedachte kann aus den übrigen Gütern des Mannes das Aequivalent des Theils der Gemeinschaftsgüter nehmen, welchen die Frau ihm entzieht (Art. 1421 — 1423, VI, 1021, Zach. §. 509, Note 8).

II. Von der Verwaltung der Sondergüter.

36. — Dem Ehemann, als freiem Verwalter der Gemeinschaftsgüter, muß natürlich und aus viel triftigeren Gründen die Verwaltung und unumschränkte Verfügungsgewalt über seine persönlichen Güter verbleiben (Art. 1401, Zach. §. 507, 509). Noch mehr, das Gesetz vertraut ihm sogar die Verwaltung der Güter der Frau an; allein er genießt in dieser Beziehung nur die Rechte eines

gewöhnlichen Verwalters (Art. 2254). So kann der Mann Namens der Frau alle Mobiliarklagen und bezüglich der Liegenschaften diejenigen anstellen, welche sich nur auf den Besitz beziehen, die petitorischen Immobiliarklagen kann er aber nicht anstellen.[1]) Verweigert jedoch der Mann die Anstellung einer Mobiliarklage oder einer possessorischen Klage, dann muß man natürlich der Frau das Recht zuerkennen, solche mit gerichtlicher Ermächtigung selbst anzustellen (Art. 1428, I).

Obgleich aber der Mann auch alle Mobiliarklagen der Frau anstellen kann, so kann er doch ebensowenig deren Sonderfahrnisse als deren Sonderliegenschaften veräußern[2]); denn aus dem Recht, eine Klage anzustellen folgt noch nicht das, über den Gegenstand dieser Klage zu verfügen, und wirklich versagt der Code dem Mann auch das Recht, zur Theilung einer der Frau anerfallenen Erbschaft zu schreiten, sowohl bezüglich der Fahrnisse, als bezüglich der Liegenschaften (Art. 1428, II, 818).

Selbst bei Liegenschaften kann die Frau ihr unerlaubter Weise vom Manne veräußertes Sondergut im Ganzen nur insofern vindiciren, als sie auf die Gemeinschaft verzichtet; denn macht sie sich deren theilhaftig, dann unterwirft sie sich durch diese freiwillige Theilhaftigmachung der Nothwendigkeit, zu ihrer Hälfte die Garantiepflicht auf sich zu nehmen, welche durch die That des Mannes der Gemeinschaft auferlegt worden ist, und die Vindication ist ihr somit für die Hälfte der Liegenschaft nach der Regel: quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio (Artikel 1428, III, 1560, 2256, Zach. §. 510, Note 3) benommen.

37. — Als Verwalter der Güter seiner Frau haftet der Mann für jede Verschlimmerung, die aus Unterlassung von Erhaltungshandlungen, an deren Spitze die Vornahme von Hauptreparaturen und die Unterbrechung von Verjährungen steht, entspringt. Wir sprechen nur von Hauptreparaturen, weil die Unterhaltungsreparaturen von dem Manne nicht in der Eigenschaft als Verwalter der Güter der Frau, sondern in der als Haupt der Gemeinschaft, welche die Nutznießerin dieser Güter ist, vorgenommen werden. Für die Ver-

---

[1]) Natürlich kann er dies, als Verwalter der Gemeinschaft, bezüglich der Nutznießung, welche dieser Gemeinschaft an den Liegenschaften der Frau zusteht.

[2]) Es stehen jedoch nur die Fahrnisse in Frage, welche im strengsten Sinne Sondereigenthum sind, weil die, welche man unvollkommen persönlich eigene nennt, im Grunde nur Gemeinschaftsgüter sind, worüber somit der Mann als das Haupt der Gemeinschaft verfügen kann.

jährungen macht das Gesetz den Mann verantwortlich, ohne diejenigen auszunehmen, deren Lauf von der Ehe begonnen hat; darin liegt aber keine Unbilligkeit, weil die petitorischen Klagen, welche dieser bezüglich der Nutznießung anstellen kann, zu deren Unterbrechung ausreichen. Von selbst versteht es sich übrigens, daß, da die Entschädigungen, welche der Mann wegen Unterlassung von Erhaltungshandlungen schuldig wird, eine Schuld der Gemeinschaft sind, die Frau, wenn sie sich dieser Gemeinschaft theilhaftig macht, diese Entschädigungen von dem Manne oder dessen Rechtsfolgern nur zur Hälfte ansprechen kann (Art. 1428, IV, 605 ff., 2254, Zach. §. 510).

38. — Das Recht des Mannes, Bestandverträge über die Güter der Frau abzuschließen, beruht auf seiner Eigenschaft als Verwalter der Güter der Frau und auf der als Haupt der Gemeinschaft, der Nutznießerin dieser Güter; damit aber die Frau oder deren Erben auf nicht zu lange Zeit nach der Auflösung gebunden werden können, durfte dem Manne nicht gestattet werden, diesen Miethund Pachtverträgen eine zu lange Dauer zu geben, noch sie zu lange im Voraus zu erneuern. Regelmäßig darf ein Bestandvertrag nicht auf länger als neun Jahre abgeschlossen und höchstens zwei Jahre bei Häusern und drei Jahre bei Feldgütern zum Voraus erneuert werden. Der Bestandvertrag, der auf länger als neun Jahre abgeschlossen ist, bleibt nichtig, wenn er bei Auflösung der Gemeinschaft noch nicht begonnen hat; ist er zu dieser Zeit bereits im Vollzug, dann theilt man ihn in Perioden von je neun Jahren (nur daß die letzte kürzer sein kann), und die Frau ist für die Zeit gebunden, welche von der laufenden Periode noch übrig ist. Der Bestandvertrag, der mehr als zwei oder drei Jahre zum Voraus unterzeichnet wird, ist gleichfalls nichtig, wenn die Gemeinschaft aufgelöst wird, ehe er begonnen hat (Art. 1429—1430, I und II. Zach. §. 510).

Da die Nichtigkeit in beiden Fällen nur im Interesse der Frau besteht, so kann sich der Beständer nicht darauf berufen und ist stets gehalten, seinen Bestandvertrag auszuhalten, wenn die Frau oder deren Erben es verlangen. Ebenso einleuchtend ist es, daß der Bestandvertrag, wenn er, statt von dem Manne allein, von beiden Ehegatten abgeschlossen wurde, seine Gültigkeit behält, so lang seine Dauer auch sein und zu welcher Zeit man ihn auch unterzeichnet haben mag. Von selbst versteht es sich endlich, daß der Beständer, wenn er da, wo man sich auf die Nichtigkeit beruft, von dem Manne hintergangen worden war, ein Recht auf Ent-

schädigung hat, die dieser zu zahlen hat, wobei jedoch die Frau, wenn sie sich der Gemeinschaft theilhaftig macht, vorbehaltlich ihres Rückgriffs, für die Hälfte haftet (Art. 1429—1430, III, 1424, Zach. §. 510, Note 4, 6, 7).

III. Abschnitt.

Von der Auflösung der Gütergemeinschaft und den Folgen derselben.

39. — Es gibt fünf Ursachen der Auflösung der Gemeinschaft: — 1. Der natürliche Tod eines Ehegatten; — 2. der bürgerliche Tod desselben; — 3. die gerichtliche Güterabsonderung; — 4. die Nichtigerklärung der Ehe; — 5. die Verschollenerklärung eines Ehegatten (Art. 1441, 25, 124, 129, 201, 202, 227, 270, 271, 311, Gesetz vom 8. Mai 1816: die Aufhebung der Ehescheidung betr., Zach. §. 153, 157a, 164, 463, 484, Note 2, 515).

Die dritte dieser Ursachen erfordert einige Erläuterungen. Die vier anderen bedürfen theils keine Erörterung, theils wurden sie anderweitig schon erörtert.

Die Sonderung in den Gütern, welche eine der Güterrechtsnormen ist, die die Eheleute auch in ihrem Heirathsvertrage adoptiren können und die dann den Namen vertragsmäßige Sonderung führt, kann nur mittelst eines Urtheils an die Stelle der Gemeinschaft gesetzt werden und deren Auflösung bewirken: jeder Vertrag über diesen Punkt ist nichtig (Art. 1395 1443 Abs. 2). Jede gerichtliche Sonderung beruht entweder auf einem Urtheile, das speciell auf Trennung der Güter gerichtet ist, oder sie fließt als nothwendige Folge aus dem Urtheil auf Trennung von Tisch und Bett. Wir haben (im Band I S. 97 u. 98) gesehen, aus welchen Gründen ein Ehegatte die Trennung von Tisch und Bett erwirken kann; auf Güterabsonderung aber kann nur von der Frau und nur aus dem einzigen Grunde geklagt werden, daß eine derartige Zerrüttung in den Verhältnissen des Mannes eingetreten sei, daß diese Frau in der Gefahr schwebe, ihr gegenwärtiges oder künftiges Vermögen ganz oder zum Theil zu verlieren (Art. 1443, I und II, Zach. §. 516, Note 2).

40. — Da das speciell auf Gütersonderung gerichtete Urtheil seine Wirkung mit rückwirkender Kraft vom Tag der Klaganstellung an erzeugt, so verlangt das Gesetz im Interesse Dritter, bei Strafe der Nichtigkeit, daß diese Klage in vollständigster Weise durch Einhaltung der Förmlichkeiten offenkundig gemacht werde, die es genau bezeichnet und deren Vollzug wenigstens einen Monat der Ver-

kündung des Urtheils voran gehen muß (Art. 1445, I, C. de pr. §. 865—873, C. de c. 65, Zach. §. 516).

Ist das Urtheil gefällt, dann hat es nur unter der doppelten Voraussetzung seine Wirksamkeit, daß es auf dem Wege der im Gesetze vorgeschriebenen Förmlichkeiten veröffentlicht und daß es entweder unmittelbar vollzogen wird, indem die Frau in authentischer Urkunde für ihre Ansprüche und Rückforderungen Befriedigung erhält, oder wenigstens mit dessen Vollzug innerhalb vierzehn Tagen vom Tage des Urtheils an gerechnet begonnen und derselbe ohne andere Unterbrechung zu Ende geführt wird, als die, welche das sogleich anzuführende Recht der Frau, auf eine Frist von drei Monaten und vierzig Tagen zur Errichtung des Inventars und Entschließung, nothwendig herbeiführt. Den Charakter eines Vollzugsakts kann man jedoch der einfachen Signifikation des Urtheils nicht beilegen und die entgegengesetzte Ansicht ist ebenso unhaltbar als die, wornach willkürlicher Weise behauptet wird, die Unterbrechung der Betreibung müsse ein ganzes Jahr gedauert haben, um berücksichtigt werden zu können (Art. 1444—1445, II u. III, 1447, C. de pr. §. 174, 869, 872, Zach. §. 516, Note 19 ff. u. §. 517).

41. — Obgleich das Recht, auf Gütersonderung zu klagen, an und für sich ein pekuniäres ist, so enthält es doch moralische Interessen von der höchsten Bedeutung, und darum gestattet das Gesetz den Gläubigern der Frau nicht, ohne deren Einwilligung dasselbe auszuüben; so daß diese die Klage weder anstellen können, wenn die Frau es nicht gestattet, noch sie fortsetzen dürfen, wenn diese ihre gegebene Einwilligung zurücknimmt. Befindet sich aber der Mann in Gant oder Vermögenszerfall, so daß die Unthätigkeit der Frau nur den Gläubigern dieses Mannes nützen würde, dann ist es den Gläubigern der Frau, welche die Klage nicht anstellen oder fortsetzen lassen will, gestattet, so klagend aufzutreten, wie wenn eine Sonderung vorhanden wäre; so daß die Ehegatten in diesem Falle, obgleich sie in Gemeinschaft bleiben, dennoch in Bezug auf diese Gläubiger für im Vermögen abgesondert angesehen werden. Diese können sich somit aus den Einkünften, wie aus dem Eigenthum der Güter der Frau bezahlt machen, vorbehaltlich der Pflicht der Frau bei der wirklichen Auflösung der Gemeinschaft für die so weggenommenen Einkünfte Vergütung zu leisten (Art. 1446—1447, I u. II, 1166, 1437, Zach. §. 516).

Den Gläubigern des Mannes, in deren Interesse es begreiflicher Weise liegt, die Wirkung der Absonderung zu hindern, ge-

stattet das Gesetz, in dem Rechtsstreite zu interveniren, um die Zulässigkeit der Klage zu bestreiten und auch ein bereits gegebenes Urtheil anzufechten. In dieser letzteren Beziehung haben sie die gewöhnlichen Wege der Opposition oder Appellation, ferner, aber nur im Falle der Gefährde, die Tierce-Opposition. Dieser letztere Weg steht ihnen sogar nach dem Vollzug ein Jahr lang offen, wenn alle Förmlichkeiten eingehalten worden sind, im entgegengesetzten Falle dreißig Jahre lang (Art. 1447, III, 1166, 1167, C. de pr. §. 873, Zach. §. 516, Note 6 ff.).

42. — Die Einwilligung der Eheleute, welche die hier in Frage stehende Gütersonderung nie herbeiführen kann, kann solche immer aufhören machen. Sie muß zu diesem Behufe durch eine Urkunde konstatirt werden, die von dem Notar mit Urschrift aufgenommen und im Sitzungszimmer des Civiltribunals (und des Handelsgerichts, wenn der Mann Kaufmann ist) angeschlagen wird. Andere Förmlichkeiten verlangt das Gesetz nicht (Art. 1451, I, 1445, §. 872 C. de pr., Zach. §. 516 a. E.).

Die Sonderung hört mit rückwirkender Kraft auf und die Güterrechtsnorm, an deren Stelle sie getreten war, wird so angesehen, als ob sie nie aufgehört hätte; mit der Bedingung natürlich, daß die Rechtsgeschäfte, welche die Frau innerhalb der Gränzen der ihr durch die Gütersonderung gegebenen Befugnisse vorgenommen hat, gültig bleiben (Art. 1451, II, Zach. l. c.).

Wir sagen die ursprüngliche Gütergemeinschaft werde so angesehen, als ob sie nie aufgehört habe. Die Eheleute können sie keiner Gütergemeinschaftsnorm unterziehen, die in irgend einem Punkte von der ersten verschieden ist. Das Gesetz hält streng an die Unwiderruflichkeit der Bestimmungen der Eheverträge und gestattet, die Gütersonderung an die Stelle der Gemeinschaft nur wegen Gefahr für die Güter der Frau zu setzen, und wenn es diese Frau von dieser Sonderungsnorm abgehen und ihre Güter in die Gemeinschaft zurückgeben sieht, dann stellt es die Ehegatten, sive velint, sive nolint, unter die Herrschaft der früheren Gütergemeinschaft und erklärt jedes Geding für nichtig, das darauf ausgeht, diese Gemeinschaft zu modificiren. Jedes Geding, das darauf abzweckt, ist nichtig, ohne Unterschied, sowohl das, welches Modificationen macht, die als ausdrückliche Bedingung der Wiederherstellung der Gemeinschaft stipulirt wurden, als jedes andere; denn, wie Pothier es erläuterte, erhält die ursprüngliche Gemeinschaft

durch die Thatsache ihre Herrschaft wieder, daß die Gütersonderung verlassen wird (Art. 1451, III, 1395, Zach. §. 516, Note 67).

43. — Die Wirkungen der gerichtlichen Gütersonderung sind, einen Punkt ausgenommen, die nämlichen wie die der vertragsweisen Sonderung, und wir verweisen auf das, was weiter unten von dieser Güterrechtsnorm gesagt werden wird.

Diese Wirkungen, welche erst vom Urtheil an eintreten, wenn die Gütersonderung nur im Gefolge der Trennung von Tisch und Bett erscheint, gehen bei der principialiter ausgesprochenen Gütersonderung bis zum Tage der Klage zurück, d. h. bezüglich des Mannes bis zur Signifikation der den Prozeß einleitenden Verfügung und bezüglich Dritter bis zu dem Augenblick, wo alle die Förmlichkeiten erfüllt waren, die vorgeschrieben sind, um diesen Kunde von der Klage zu geben. Daraus folgt einer Seits, daß die Gemeinschaft in dem Stand, in welchem sie am Tage der Prozeßverfügung war, aufgelöst wird und zwischen Mann und Frau (wenn diese sich theilhaftig macht) getheilt werden muß; andrer Seits, daß alle zwischen dem Manne und Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäfte, zu deren Gültigkeit die Existenz der Gemeinschaft erforderlich ist, nichtig sind, wenn sie jünger sind als die Erfüllung der Förmlichkeiten, welche die Klage begleiten müssen. Zu diesen Rechtsgeschäften können jedoch die der reinen Verwaltung nicht gezählt werden, zu deren Vornahme der Mann natürlich während des Laufs des Prozesses das Recht behält (Art. 1449, I, 1445, §. 866—869 C. de pr., Zach. §. 516).

44. — Auf welche Weise sich auch die Gemeinschaft auflöst, sowohl im Falle der Güterabsonderung, als in jedem anderen, hat die Frau (und ebenso ihre Rechtsfolger) die Wahl, sich der Gemeinschaft theilhaftig zu machen oder darauf zu verzichten. Es ist das eine Bestimmung öffentlicher Ordnung, und jede Uebereinkunft oder Erklärung, wodurch sich die Frau zum Voraus dieser Befugniß beraubt, ist nichtig und gilt für nicht geschehen. Wenn dieses Wahlrecht aber auch stets und nothwendiger Weise der Frau oder deren Rechtsfolgern zusteht, so kann es doch niemals dem Manne, selbst nicht unter dem Titel eines Rechtsfolgers der Frau, zukommen; denn das Recht ist gerade gegen ihn eingeführt, es ist mit seiner Eigenschaft absolut unvereinbar (Art. 1453, 1463, I, Zach. §. 517).

Wir prüfen nach einander: — 1. Die Grundsätze, welche für das Wahlrecht gelten und die für beide Fälle der Theilhaftig-

machung und des Verzichts gemeinschaftlichen Regeln; — 2. die besonderen Wirkungen der Annahme; — 3. die Wirkungen des Verzichts.

I. Von dem Wahlrechte und den der Theilhaftigmachung und dem Verzichte gemeinsamen Regeln.

45. — Wir haben gesagt die Rechtsfolger der Frau, worunter wir deren Erben und andere allgemeinen Nachfolger verstehen, haben wie sie die Befugniß, sich theilhaftig zu machen oder zu verzichten. Das Recht steht jedem derselben für seine Person und für seinen Erbantheil in der Weise zu, daß die Gemeinschaft vom Einen angenommen werden kann, während sie der Andere ausschlägt, ohne daß je gefordert werden könnte, daß sie sich in ihrer Entschließung einigen, und ohne daß man sich an das Gericht wenden könnte, um von diesem das quid utilius entscheiden zu lassen. Man wendet in diesem Falle zugleich die Folgen der Theilhaftigmachung einer Seits auf den, der sich theilhaftig macht und nur für dessen Antheil an, dann anderer Seits die Folgen des Verzichts auf den, welcher verzichtet, und zwar in den Gränzen seines Antheils. Diese Regel findet jedoch nicht allein dann Anwendung, wenn die Gemeinschaft durch den Tod der Frau aufgelöst wird, sondern auch dann, wenn die Auflösung zwar zu Lebzeiten der Frau erfolgt, diese aber darauf, ehe sie gewählt hat und während ihr das Recht dazu noch zusteht, gestorben ist; denn das Wahlrecht als ein seinem Wesen nach theilbares, kann beim Uebergange auf mehrere Rechtsfolger der Frau im zweiten Fall eben so gut getheilt werden wie im ersten (Art. 1465).

Die Gläubiger der Frau oder die der Rechtsfolger derselben können jede Annahme oder jeden Verzicht zum Abbruch ihrer Rechte anfechten (Art. 1465, 1167, 788, Zach. §. 517).

46. — Die Annahme durch die Frau oder deren Rechtsfolger kann ausdrücklich oder stillschweigend verbis oder facto geschehen.

Ausdrückliche Annahme liegt dann vor, wenn die betreffende Person in einer öffentlichen oder einer Privaturkunde in der Eigenschaft eines Gemeinschaftsgenossen auftritt. Stillschweigende Annahme liegt dann vor, wenn entweder diese Person einen Akt, (d. h. eine Handlung) vornimmt, den sie nur in dieser nämlichen Eigenschaft vornehmen konnte und der somit deren Absicht als Gemeinschaftsgenosse aufzutreten beweist, oder wenn sie da, wo sie vom Gesetze als annehmend präsumirt wird, ohne zu verzichten, die Frist

verstreichen läßt, welche ihr vergönnt war, um ihren Verzicht auszusprechen. Bloße Unterhaltungs- und reine Verwaltungsmaßregeln bilden keine Annahmsakte; anders verhält es sich aber mit jedem Verfügungsakte, und folglich mit dem angeblichen Verzichte, der nur gegen einen Preis geleistet wurde; man verfügt über eine Sache, wenn man sich für das Aufgeben derselben bezahlen läßt (Art. 1454, I, Art. 778—780 und arg. 784, Zach. §. 517).

Der ausdrückliche Verzicht geschieht durch eine ausdrückliche, auf der Gerichtskanzlei abgegebene und in das Buch über die Erbschaftsverzichte eingetragene Erklärung (Art. 1457). Ein stillschweigender Verzicht liegt vor, wenn die Person, deren Verzichtleistung das Gesetz präsumirt, die ihr zur Annahme gesetzten Fristen verstreichen läßt, ohne anzunehmen (Art. 1463). Ist die Wahl in einer Richtung getroffen, so ist das Wahlrecht erloschen, und der, welchem es zustand, kann im Allgemeinen sich nicht mehr für das Gegentheil entscheiden. Anders verhält es sich jedoch, wenn der, welcher gewählt hat, dies nur in Folge eines ihm gespielten Betrugs oder in der Minderjährigkeit, ohne Einhaltung der Förmlichkeiten gethan hat, welche diese Minderjährigkeit nothwendig macht. In diesem Falle kann er sich gegen seine Annahme, wie gegen seinen Verzicht restituiren lassen (Art. 1455, II, Art. 783, 461, s. oben Buch III, Tit. I, Nr. 32, Zach. §. 343, 517).

Unter die Vorgänge, welche die Annahme nach sich ziehen, zählt für eine großjährige (Art. 1310?) Frau die Entwendung oder Verheimlichung von Gemeinschaftsgegenständen; es kann nämlich eine Frau, nachdem sie sich dessen schuldig gemacht hat, nicht mehr verzichten; beging die Frau diese That, nachdem sie verzichtet hatte, dann kann man sie wegen der Unwiderruflichkeit des Verzichts natürlich nicht für annehmend erklären, sie ist hier mit einem Worte des Diebstahls schuldig (Art. 1460, 792, 801, 1477, 1483, Zach. §. 517, Note 19, 43 ff.).

47. — Da in dem Falle, wo die Gemeinschaft durch den natürlichen oder bürgerlichen Tod aufgelöst wird, sich die Frau im Besitz der Gemeinschaftsgüter befindet, von denen sie mit Leichtigkeit einen Theil bei Seite schaffen kann, so präsumirt das Gesetz, daß sie annimmt, und gestattet ihr, nur unter der Voraussetzung zu verzichten, daß sie es sofort thut und ein getreues und genaues Inventar, dessen Richtigkeit sie beim Abschluß versichern muß, aufnehmen läßt. Dieses Inventar muß innerhalb drei Monaten nach dem Tode des Mannes beendigt sein, sofern die Frau nicht eine

gerichtliche Verlängerung dieser Frist erwirkt hat. Nach Beendigung des Inventars innerhalb dieser Frist hat die Frau zur Abgabe ihrer Erklärung eine weitere Frist von vierzig Tagen, welche vom Richter ebenfalls nach Anhörung der Erben des Mannes oder deren gehöriger Vorladung verlängert werden kann. Hat die Frau innerhalb dieser drei Monate (vorbehaltlich der Verlängerung, die ihr etwa gewährt wurde) kein Inventar errichten lassen, dann geht sie, zum Unterschied von dem, was bei Erbschaften für den Erben Rechtens ist, ihres Rechts zu verzichten verlustig und bleibt definitiv annehmend. Der Ablauf der zum Ueberlegen und Beschlußfassen gegebenen vierzigtägigen Frist (ebenfalls vorbehaltlich der Verlängerung) hat nicht die gleichstrenge Wirkung, er für sich allein macht die Frau nicht annehmend, sondern gestattet nur den Betheiligten, auf sie als solche zu greifen; wurde das Inventar innerhalb der Frist aufgenommen, dann kann die Frau innerhalb dreißig Jahren, vom Tode des Mannes an gerechnet, zu jeder Zeit verzichten, sogar während des Laufs der gegen sie gerichteten Betreibungen (jedoch bleiben ihr die Kosten dieser Betreibungen zur Last); verzichtet sie aber auf diese Betreibungen hin nicht und läßt sie sich als Theilhaberin der Gemeinschaft verurtheilen, dann bleibt sie es auch unwiderruflich (Art. 1456—1462, 795, 800, Zach. §. 517).

Wenn im gleichen Falle des natürlichen oder bürgerlichen Todes des Mannes die Frau, bevor sie sich in ihrer Wahl entschieden hat, ebenfalls, sei es in der Frist zum Inventar oder der zum Ueberlegen stirbt, dann gestattet das Gesetz den Erben derselben nicht allein den Rest der Frist, in deren Laufe sie starb, sondern eine ganz neue Frist von gleicher Dauer. Stirbt die Frau (nach Beendigung des Inventars) innerhalb der vierzigtägigen Frist, dann versteht es sich von selbst, daß die Erben, die sich ja in ihrer Wahl über die Gemeinschaft nicht eher entscheiden können, als bis sie sich bezüglich der Erbschaft der Frau entschlossen haben, wenn ihnen das Gemeinschaftsinventar nicht hinreichenden Aufschluß über diese Erbschaft gibt, sich die jedem Erben zustehende Frist von drei Monaten zur Inventarisirung dieser Erbschaft vor und außer der Frist von vierzig Tagen nehmen können (Art. 1461, 1462, 1466, Zach. §. 517).

48. — Während bei der Auflösung durch natürlichen oder bürgerlichen Tod des Mannes von der Frau präsumirt wird, sie nehme an, wird dagegen vermuthet, sie verzichte, wenn die Gemeinschaft in Folge eines Urtheils auf Trennung von Tisch und Bett oder auf Gütersonderung aufgelöst wird; und wenn sie in diesem

Falle ohne anzunehmen eine Frist von drei Monaten und vierzig Tagen (die jedoch vom Richter verlängert werden kann) verstreichen läßt, dann wird sie der Gemeinschaft so ganz fremd, als wenn sie ausdrücklich verzichtet hätte. Wir sehen, daß die der Frau hier zu ihrer Erklärung gegebene Frist den beiden Fristen entspricht, welche ihr im vorigen Falle zur Fertigung des Inventars und darauf zur Beschlußfassung gewährt sind. Zwar ist die Frau hier nicht gehalten, ein Inventar zu machen, sie hat aber trotzdem ein großes Interesse, es zu thun, einmal um keinen Entschluß zu fassen ohne volle Kenntniß der Sache, und dann, um im Falle der Annahme der Rechtswohlthat des Inventars zu genießen, von der wir im folgenden Absatze sprechen werden (Art. 1463, 1483, Zach. §. 517).

In dem Falle endlich, wo durch den (natürlichen oder bürgerlichen) Tod der Frau die Gemeinschaft aufgelöst wird, hat die für die Erben gegebene Regel von jeder der beiden vorhergehenden Regeln etwas an sich. Einer Seits sind sie, gleich der geschiedenen Frau, frei von der Nothwendigkeit des Inventarisirens; auf der anderen Seite aber wird von ihnen, wie von der überlebenden Frau, so lange präsumirt, sie nehmen an, bis sie das Gegentheil erklären (Art. 1466, 1461).

49. — Die Wittwe, sie mag die durch den Tod ihres Mannes aufgelöste Gemeinschaft annehmen oder ausschlagen, ist berechtigt, aus den Gemeinschaftsgütern zu ziehen: — 1. Die Trauerkleidung für sich und ihr Gesinde je nach dem Stande und Vermögen des Mannes; — 2. Wohnung und Unterhalt für sie und ihr Gesinde während der ganzen Zeit, welche sie in den gesetzlich bestimmten Gränzen zur Inventarisirung und Beschlußfassung verwendet. Dieses Recht ist ein ihr persönliches und geht nicht auf die Erben über (Art. 1465 u. 1481, Zach. §. 508, Note 25 und §. 517).

50. — Von den Vergütungen. — Ein wesentlicher Gegenstand, den, abgesehen von einigen Detailverschiedenheiten, die wir angeben werden, beide Fälle, der der Annahme und der des Verzichts, gemeinschaftlich haben, ist die Zahlung der Vergütungen, d. h. der Entschädigungen, die etwa ein Ehegatte der Gemeinschaft, oder die Gemeinschaft einem Ehegatten, oder ein Ehegatte dem andern schuldet (Zach. §. 511).

So oft ein während der Dauer der ehelichen Gesellschaft eingegangenes Geschäft dem einen Ehegatten auf Kosten des anderen oder der Gemeinschaft einen Vortheil verschafft hat, muß dafür nach der Auflösung von dem Ehegatten, der den Vortheil gezogen

hat, Entschädigung bezahlt werden; hat umgekehrt die Gemeinschaft zum Nachtheil des Vermögens eines Ehegatten einen Gewinn gemacht, dann hat dieser Ehegatte Vergütung aus den gemeinschaftlichen Gütern anzusprechen.

51. — Hat der Mann die Garantie bei einem Verkauf übernommen, den die Ehefrau über eine ihrer Sonderliegenschaften abschloß, und der Käufer nimmt wegen erlittener Eviction seinen Rückgriff auf den Ehemann, so hat dieser gegen seine Frau einen Anspruch auf Vergütung der von ihm bezahlten Summe (Art. 1432 vergl. mit 1419; Zach. §. 512 und 509 Not. 24).

Eine Vergütung hat jedoch der Mann nicht bloß in dem Falle anzusprechen, wo er die Garantie bei einem Verkaufe übernommen hat; er hat ein Recht darauf, so oft er, in Folge einer von ihm mit oder ohne Sammtverbindlichkeit, in persönlichen Angelegenheiten der Frau übernommenen Verbindlichkeit, die Schuld dieser ganz oder zum Theil bezahlt hat. Umgekehrt gebührt der Frau die Vergütung, wenn sie für die persönliche Schuld des Mannes Zahlung geleistet hat. Bezüglich der Frau geht aber der Code noch weiter: indem er annimmt, daß in den meisten Fällen die Frau, die sich mit ihrem Manne verbindlich macht, dieses nur zu dem Zweck thut, um für die Verbindlichkeit, die dieser eingeht, zu garantiren, erklärt er, daß das Recht der Frau in Bezug auf den Mann als einfache Bürgin behandelt zu werden und somit Vergütung für alles Das verlangen zu können, was sie etwa bezahlt hat, selbst da in Geltung ist, wo es sich um Gemeinschaftsangelegenheiten, also um Angelegenheiten handelt, zu welchen der Regel nach Mann und Frau gleichmäßig beitragen sollten. Zwar wird in diesem Falle der Vergütungsanspruch gegen die Gemeinschaft und nicht gegen den Mann geltend gemacht, so daß, wenn die Frau die Gemeinschaft annimmt, und diese Gemeinschaft gut ist, die Geltendmachung des Vergütungsanspruchs hier ganz erfolglos bleiben muß, weil die Frau in ihrer Hälfte des Gemeinschaftsguts das weniger findet, was ihr diese Vergütung mehr gegeben hat; ist aber die Gemeinschaft eine schlechte, dann bringt dieser Vergütungsanspruch der Frau, selbst im Falle der Annahme, großen Nutzen (Art. 1431, I und IV, Art. 1216, 1470, 1472, 1483, 1484; Zach. §. 510 a. E.).

Diese ganz ausnahmsweise Wohlthat, selbst da nur als Bürgin behandelt zu werden, wo sie sich in einer Angelegenheit verbindlich gemacht hat, die sie eben so viel angeht wie den Mann, kommt der Frau jedoch nur dem Mann gegenüber zu. Einem

dritten Mitschuldner, wie dem Gläubiger gegenüber existirt diese Wohlthat nicht, die Frau bleibt gewöhnliche Schuldnerin, und wenn dieser Dritte, im Falle der Solidarität, die ganze Schuld bezahlte, dann hat er seinen Rückgriff auf die Frau für deren Antheil (aber nur für diesen Theil), wie auch auf den Mann für dessen Antheil (Art. 1431, II, 1213 ff. Zach. l. c.).

Weiter ist noch zu bemerken, daß diese Wohlthat dann wegfällt und die Frau, selbst bezüglich des Mannes, unter dem gemeinen Recht steht, wenn aus den Umständen erhellt, daß die Frau sich nicht sowohl, um die Garantie für die Verbindlichkeit des Mannes zu übernehmen, als vielmehr in der Absicht verpflichten wollte, ihren Antheil an der Schuld persönlich auf sich zu nehmen. Dahin gehört z. B. der Fall, wo die Verbindlichkeit beider Ehegatten zur Dotirung ihres gemeinschaftlichen Kindes eingegangen worden war (Art. 1431, III, 1438).

52. — Von selbst versteht es sich, daß eine Vergütung dann eintritt, wenn irgend ein Sonderrecht eines Ehegatten verkauft wurde und der Kaufpreis in die Gemeinschaft geflossen ist. Der Kaufpreis muß in die Gemeinschaft geflossen sein; denn wenn er ausstehen blieb, dann liegt nur eine Sonderforderung des Ehegatten vor, wobei also dieser Ehegatte allein die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners trägt (sofern nicht die Forderung der Frau gehörte und deren Verlust durch die Nachlässigkeit des Mannes verschuldet wurde, der als Verwalter der Güter dieser Frau es unterließ, die Zahlung zu betreiben); diese Bedingung darf jedoch nicht buchstäblich genommen werden, und der Umstand, daß der Mann mit dem Erlös aus der von der Frau vorgenommenen Veräußerung eine Schenkung gemacht oder diesen Preis seinen Gläubigern zugewiesen hat, hindert den Eintritt der Bedingung nicht: von dem Augenblicke an, wo das Haupt der Gemeinschaft die Verfügung über den Erlös hatte, muß dieser als in die Gemeinschaft geflossen angesehen werden. Was die Frage anbelangt, ob im Allgemeinen der veräußernde Ehegatte zu beweisen hat, daß der Erlös aus seiner Veräußerung in die Gemeinschaft geflossen ist, oder ob die Verwendung für die Gemeinschaft präsumirt werden muß, bis der andere Ehegatte das Gegentheil beweist, so muß unterschieden werden. Wenn die Frau die Vergütung anspricht, dann muß man natürlich diese Präsumtion bis zum Beweis des Gegentheils durch den Mann gelten lassen; ist es aber der Mann, dann behält es nothwendiger Weise beim gemeinen Rechte

sein Bewenden, und er muß beweisen, daß der Erlös in die Gemeinschaft gefallen und nicht für eine ihm persönliche Angelegenheit verwendet worden ist (Art. 1433, I und II, Arg. 1315. Zach. §. 511, Note 14).

Klar ist es übrigens, daß die hier von der Gemeinschaft geschuldete Vergütung weder höher noch niederer steht als die Summe ist, welche die Gemeinschaft (in Haupt- und Nebensachen) als Preis aus der Veräußerung des Ehegatten bezogen hat, ohne daß man darnach zu fragen hätte, ob der Werth der Sache geringer oder größer als dieser Preis war. Hierbei darf man sich aber ja nicht irre machen lassen, wie das einem Schriftsteller (Toullier) begegnet ist; und wenn man sich auch mit dem Unterschiede nicht zu befassen hat, der etwa zwischen dem Verkaufspreise und dem Werthe des verkauften Gegenstandes besteht, so hat man sich dagegen mit der Frage zu beschäftigen, ob der im Vertrag angegebene Preis wirklich der Verkaufspreis ist oder nicht, weil gerade dieser letztere geschuldet wird (Art. 1436, I, Zach. §. 511, Note 15).

53. — Ebenso wie die Gemeinschaft jedem Ehegatten alles das ersetzen muß, was sie aus den Sondergütern desselben bezogen hat, ebenso muß dieser Ehegatte ihr alles das ersetzen, was er aus den Gemeinschaftsgütern für persönliche Angelegenheiten bezogen hat. Wenn sich z. B. der Ehegatte der Gemeinschaftsgelder bediente, um entweder eine ihm eigene Schuld zu decken, oder um zum Vortheil seiner Liegenschaften Activservituten zu erwerben, oder um darauf ruhende Passivservituten abzulösen, oder um irgend welche Arbeiten auf seinen Liegenschaften vornehmen zu lassen (nämlich andere als bloße Unterhaltsreparaturen, weil diese der Gemeinschaft zur Last sind) (Art. 1409.), oder für jede beliebige andere ihm persönliche Angelegenheit, dann muß dieser Ehegatte der Gemeinschaft für den Werth Vergütung leisten, den dieselbe ihm vorgestreckt hat.

Wir sagen, der Ehegatte schuldet hier den Werth, den er gezogen hat, und nicht bloß das Aequivalent des Gewinns, den er aus der Verwendung dieses Werthes gezogen haben konnte. Was geht es denn auch den Darleiher an, wozu der Entleiher die Gelder verwendet? Allerdings, wenn das Geschäft, welches sich auf Sondergüter eines Ehegatten bezieht, nicht von diesem Ehegatten, sondern von der Gemeinschaft selbst vorgenommen worden war, wenn es sich um eine Verrichtung an den Gütern der Frau han-

delt, die aber der Mann als Haupt der Gemeinschaft vorgenommen hat, dann kann die Frau mit Recht sagen, daß diese Verrichtung nicht die ihrige ist, und daß sie somit nur für das Vergütung schuldig sein kann, um was sie das Geschäft bereichert hat; so oft aber die Anlage vom Ehegatten selbst gemacht wurde und dieser sich dadurch, daß er sie mit Gemeinschaftsgeldern vornahm, zum Entleiher dieser Gelder machte, besteht seine Verbindlichkeit in Nichts mehr und Nichts weniger, als darin, die entliehene Summe zurückzugeben (Art. 1437, I und II, 1406, 1408, 1409.[1], 1469. Zach. §. 511, II).

54. — Der Vortheil oder der Schaden, welchen die Verrichtungen eines Ehegatten der Gemeinschaft etwa veranlaßt haben, erzeugt dann nie eine Vergütungspflicht, wenn dieser Vortheil oder dieser Schaden nur den Genuß trifft, den die Gemeinschaft an den Gütern des Ehegatten hat, als welchen die Modificationen, die der Ehegatte in der Zusammensetzung seines Vermögens vorgenommen hat, vermehrt oder vermindert haben.

Hat z. B. der Ehegatte ein Landgut von geringem Ertrag entweder gegen ein Haus von doppeltem oder gegen eine Leibrente ebenfalls von doppeltem oder gar dreifachem Ertrag veräußert, dann schuldet die Gemeinschaft in diesem und ähnlichen Fällen, trotz des Vortheils, den der Handel des Ehegatten ihr verschafft hat, keine Vergütung, sofern sie Nichts weiter als die Früchte gezogen hat. Umgekehrt hat die Gemeinschaft, welchen Schaden ihr auch verkehrte Operationen verursacht haben mochten, keine Vergütung anzusprechen, sowie sie alle Früchte gezogen hat. Daraus, daß das Recht der Gemeinschaft gerade nur darin besteht, das Vermögen des Ehegatten, so wie es eben ist, zu genießen, und da dieser Ehegatte sein jus abutendi, sein volles Dispositionsrecht und die Befugniß behält, sein Vermögen zusammen zu setzen, wie er es für gut findet, folgt, daß die Gemeinschaft, so sehr sich der Genuß auch gemehrt haben mag, sofern sie nur die Früchte zog, einfach ihr Recht ausgeübt und keine Vergütung zu leisten hat, in gleicher Weise wie auch die Gemeinschaft, so sehr sich dieser Genuß gemindert haben mag, sofern sie alle Früchte gezogen hat, in der vollen Ausübung ihres Rechtes war und somit keinerlei Schadloshaltung anzusprechen hat. Unhaltbar ist der Einwurf, daß die Erhöhung des Genusses beim wahren Lichte betrachtet nur auf Kosten des Kapitals geschaffen werde und somit der reichere Ertrag, den die Gemeinschaft ziehe, im Ganzen nicht mehr aus bloßen Früchten bestehe; denn

diese Ansicht, die als Thatsache ganz richtig sein mag, ist als gesetzliche Regel falsch, weil der Code selbst in dem Falle, wo die Erträgnisse das ganze Kapital, einer Nutznießung oder Leibrente, aufzehren, die Totalität dieser Erträgnisse als bloße Früchte behandelt (Art. 1436, II, arg. Art. 588, 1568.)

Wenn aber die Gemeinschaft auch nie Ersatz für die Früchte aus den Sondergütern zu leisten hat, so hat sie solche doch für ein Kapital stets zu leisten, und sie kann sich dieser Verbindlichkeit nicht unter dem Vorwande entziehen, daß das Sonderkapital, welches in seine Kasse geflossen ist, dem Vermögen des Ehegatten Nichts koste (Art. 1436, III, Zach. §. 511).

55. — Von der Bestellung des Heirathsguts. — Unter den Operationen, welche die Ersatzfrage am häufigsten veranlassen, befindet sich auch die Ausstattung der Kinder.

So viel ist vor Allem klar, daß, wenn ein Ehegatte Gemeinschaftsgüter oder Sondergüter des andern Ehegatten dazu benützt hat, um sein Kind aus einer frühern Ehe auszustatten, er Vergütung dafür zu leisten hat (Art. 1469, 1437, Zach. §. 509, 511).

Geschah die Ausstattung eines gemeinschaftlichen Kindes von beiden Ehegatten zusammen und ohne Erklärung derselben, daß sie solche in ungleichen Theilen auf sich nehmen wollen, dann haftet jeder von ihnen mit welchen Gütern auch ausgestattet worden sein mag, persönlich für die Hälfte; so daß, wenn das ganze Heirathsgut aus Gütern der Gemeinschaft, oder denen des einen Ehegatten genommen wurde, Vergütung geleistet werden muß, im ersten Falle der Gemeinschaft von jedem Ehegatten für seine Hälfte, im zweiten dem einen Ehegatten vom andern für die Hälfte, welche dieser schuldete. Haben die Eheleute erklärt, daß sie die Ausstattung in ungleichen Theilen tragen wollen, dann ist die Schuld dem Einzelnen je zu dem bestimmten Theile persönlich, und die Vergütung wird in den beiden erwähnten Fällen nach Verhältniß dieser Theile geleistet. Der einzige Fall, wo keine Vergütungspflicht eintritt, ist der, wo jeder Ausstattende den Theil, wofür er haftet, aus seinen Sondervermögen genommen hat (Art. 1438, 1439, I, Zach. l. c.).

Hat der Mann allein, und zwar aus seinem Sondervermögen ausgestattet, dann hat er es auf seine persönliche Rechnung gethan; so daß er keine Vergütung anzusprechen hat, wenn er das Heirathsgut aus seinem Sondervermögen genommen hat, während er selbst Vergütung leisten müßte, wenn dieses Heirathsgut, obgleich aus seinen Gütern bestellt, von denen der Gemeinschaft oder der Frau

genommen würde. Hat der so allein ausstattende Mann dies in Gemeinschaftsgütern gethan, so wird angenommen, er habe als Haupt der Gemeinschaft und auf Rechnung dieser Gemeinschaft gehandelt, so daß keinerlei Vergütung zu leisten ist, wenn das Heirathsgut wirklich aus den Gemeinschaftsgütern bezahlt worden ist; nur ist so viel klar, daß da, wo im vorliegenden Falle der Betrag der Ausstattung aus der Gemeinschaft genommen wird, die Frau, wenn sie diese Gemeinschaft annimmt und mit theilt, dadurch die Hälfte dieses Heirathsguts auf sich nimmt (Art. 1439, II, 1422; Zach. l. c.).

Bestellt die Frau das Heirathsgut allein, dann müssen wir eine andere Unterscheidung machen. Wenn die Frau in Abwesenheit des Mannes (mit gerichtlicher Ermächtigung) das Heirathsgut, und zwar aus der Gemeinschaft bestellt, dann muß sie, vorbehaltlich ausdrücklicher Erklärung des Gegentheils, so angesehen werden, als ob sie an des Mannes Stelle und auf Rechnung der Gemeinschaft handle, in Folge dessen dann das zur Anwendung kommen muß, was soeben von dem Falle gesagt wurde, wo der Mann allein aus den Gemeinschaftsgütern dotirt. Stattet dagegen die Frau im Beisein und mit Einwilligung des Mannes aus, dann liefert der Mann dadurch daß er die Frau allein handeln läßt, anstatt selbst zu handeln, den Beweis, daß er sich für seine Person in Nichts verbindlich machen will, und das Heirathsgut ruht auf der Frau und sie muß sonach Vergütung leisten, wenn dieses Heirathsgut aus den Gütern des Mannes oder denen der Gemeinschaft bezahlt wird (Art. 1439, II, 1419, 1426, Zach. l. c.).

Die Eheleute, die zusammen ausstatten, können nicht mehr wie früher stipuliren, daß das Kind, zur Compensation mit seinem Heirathsgut, den und den Theil der Erbschaft des zuerst Sterbenden verlieren solle; das können sie aber festsetzen, daß dieses Heirathsgut in seinem ganzen Betrage von dieser Erbschaft des zuerst Sterbenden abgerechnet werden solle. So lange beide Eheleute leben, hat dieses Geding keinerlei Wirkung, sie bleiben vielmehr für ihre Lebensdauer beide je zur Hälfte Besteller; wie aber ein Ehetheil stirbt, dann wird dieser zuerst Sterbende der allein Dotirende, und der Ueberlebende wird seines Versprechens so gänzlich entbunden, daß, wenn das Heirathsgut zum Theile aus dem Gemeinschaftsvermögen und dem des überlebenden Ehegatten geliefert worden ist, die Verlassenschaft des zuerst Sterbenden Vergütung dafür leisten muß (Art. 1439, III, 791, 900, 1130).

II. Von den Wirkungen der Annahme.

56. — Die Annahme bestätigt die Frau in ihrer Eigenschaft einer Gemeinschaftsgenossin, Miteigenthümerin der Güter, und verleiht ihr damit das Recht, ihren Theil aus dem Activvermögen der Gemeinschaft zu nehmen, wie sie ihr umgekehrt die Verbindlichkeit auferlegt, bei der Vertheilung der Schuldenmasse und deren Zahlung an die Gläubiger ihren Antheil zu tragen.

Vor allen Dingen muß als einleitender oder erster Akt des Theilungsgeschäfts zur Einwerfung der Vergütungen, welche die Ehegatten der Gemeinschaft schulden und zu den Beibringensergänzungen geschritten werden, welche diese Ehegatten etwa anzusprechen haben.

57. — Einwerfung. — Jeder Ehegatte ist zur Einwerfung im Stück oder durch Zurückstehen bezüglich Alles dessen verbunden, was er der Gemeinschaftsmasse schuldig ist. Zwar scheint eine gegenseitige Befreiung auf dem Wege der Compensation bis zum Belauf dessen, was der Ehemann der Gemeinschaft schuldet und was ihr die Frau schuldet, viel einfacher als die Einwerfung, und mithin vorzuziehen. Diese Art und Weise könnte aber, in Folge des Rechts der Frau wegen ihrer Forderungen, im Falle die Gemeinschaftsgüter nicht hinreichen, auf das Vermögen des Mannes zu greifen, diesem sehr nachtheilig werden; mag es sich darum auch ganz von selbst verstehen, daß man sich der Compensation bedient, wo solche keine Schwierigkeiten bietet, so mußte das Gesetz dennoch die Verbindlichkeit der Einwerfung als Prinzip hinstellen und dem Ehemann gestatten, sich der Compensation zu widersetzen, wenn sie ihm Schaden bringt (Art. 1468, 1437, Zach. §. 518 ff., 511).

58. — Beibringensergänzungen. — Von der Gesammtmasse, worunter die Gemeinschafts- und Sondergüter der Ehegatten begriffen sind, nimmt jeder Ehegatte: — 1. seine Sondergüter im Stücke, wozu auch die zu Ersatz von veräußerten Sondergütern erworbene Güter gerechnet werden, und — 2. den Preis von veräußerten und nicht ersetzten Sondergütern, der nicht in die Gemeinschaftskasse floß, endlich — 3. den Betrag aller ihm aus der Gemeinschaft etwa gebührenden Vergütungen vorweg. Bezüglich der beiden ersten Classen der Zurücknahme gibt es keinen Unterschied zwischen Mann und Frau, bei der dritten aber haben wir den doppelten Unterschied, daß die Frau vor

dem Mann ihre Vergütungsansprüche geltend macht und sich, im Falle der Unzulänglichkeit der Gemeinschaftsgüter, aus den Sondergütern des Mannes dafür bezahlen läßt.

Diese letzte Zurücknahme, d. h. die Vergütungen, welche die Gemeinschaft zu leisten hat, werden für den einen wie für den andern Ehegatten gezogen: — 1. aus dem baaren Gelde der Gemeinschaft; — 2. aus den Fahrnissen, wenn das baare Geld nicht hinreicht; — 3. endlich im Nothfalle aus den Liegenschaften. Jeder Ehegatte kann aus den Liegenschaften wie aus den Fahrnissen die Güter wählen, welche ihm gefallen; es liegt für ihn darin nicht eine bloße Zahlung, es ist das kein Erwerbsakt, es ist das eine Vorwegnahme, die er als Mittheilhaber vornimmt, er nimmt das Gut nicht als Gläubiger, sondern als Eigenthümer, und braucht somit keine Accise dafür zu zahlen. Damit ist aber nicht ein Weg gezeigt, auf dem die Frau dem Zugriff der Gläubiger die Güter entziehen könnte, welche sie auf diese Weise nimmt; denn sie bezieht sie nicht als Sondergut, sie gehören ihr nur in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin, als Theilhaberin der Güter der Gemeinschaft, und bleiben somit das Pfand der Gläubiger dieser Gemeinschaft. Wollte sich die Frau, abgesehen von ihrer Eigenschaft einer Miteigenthümerin, auf ihre Eigenschaft als Gläubigerin stützen, so könnte sie doch ebenso wenig die anderen Gläubiger verdrängen und ihnen mit ihrem Unterpfandsrechte vorgehen wollen; denn dieses Unterpfandsrecht steht ihr nur an den Gütern des Mannes und nicht an denen zu, welche noch Güter der Gemeinschaft sind. Jedoch wird dieses Vorwegnehmen im Stück und auf den Grund des Miteigenthums in dem Augenblick offenbar unmöglich, wo die Frau, weil die Gemeinschaftsgüter unzureichend sind, ihre Vergütungsansprüche gegen die persönlichen Güter des Mannes geltend macht (Art. 1470, 1472 und Arg. Art. 1401, 1402, 2121. Zach. §. 511).

59. — Da die Auflösung der Gemeinschaft ein Ende macht und deren Güter des Hauptes beraubt, gegen welches ein Zinsenanspruch geltend gemacht werden könnte, so läßt das Gesetz kraft Gesetzes und ohne Anforderung von dem Tage an, wo diese Auflösung eintritt, die Zinsen aus den Vergütungsansprüchen laufen, welche die Gemeinschaft an die Eheleute oder diese an die Gemeinschaft zu fordern haben (Art. 1473, 1153).

Anders verhält es sich jedoch mit den Summen, welche zu dem gleichen Zeitpunkte ein Ehegatte dem andern schuldet, mit Summen, deren Zahlung außerdem erst zu diesem Zeitpunkt, nicht aber auch während

der Dauer der Gemeinschaft verfolgt werden kann. Es sind das gewöhnliche Forderungen, welche erst von dem Tage der Anforderung an Zinsen tragen, wie sie damit auch dem guthabenden Ehegatten nicht gestatten, die Güter des schuldenden Ehegatten im Stück zu nehmen, es wäre denn auf dem Wege einer Veräußerung, die dieser damit vornimmt und wodurch, wie billig, die Accispflicht eintritt. Was die Rechte anbelangt, welche einem Ehegatten dem andern gegenüber nach der Auflösung entstehen, z. B. Theilungsgleichstellungsgeld, so ist es klar, daß diese unter den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen stehen und kraft Gesetzes Zinsen tragen oder nicht, je nachdem sie sich in einem der Verhältnisse befinden, welchen das Gesetz diese Wirkung beilegt (Art. 1478, 1480, 1153, 1652, Zach. §. 511, 521, Note 2).

60. — Theilung des Vermögens. — Nach der Einwerfung und der Rücknahme wird das Gemeinschaftsvermögen zwischen Mann und Frau hälftig getheilt. Hat jedoch einer der Theilenden einen Gegenstand der Gemeinschaft entwendet oder verheimlicht, so verliert er die Hälfte an diesem Gegenstande, und aus viel triftigeren Gründen auch noch die Rechte, welche die Freigebigkeit seines Ehegatten ihm etwa an der anderen Hälfte verliehen hat. Da dieser Verlust hier die Strafe für die That ist, so zieht der Theilende sich solchen einfach dadurch zu, daß er absichtlich handelt, selbst im Falle er minderjährig wäre. Wenn jedoch der Ehegatte, der einen Gegenstand beseitigt hatte, solchen aus eigenem Antriebe und ehe die That entdeckt worden ist, wieder beibringt, dann muß man mit Pothier annehmen, daß keine vollendete Entwendung, sondern ein bloßer Anfang der Verheimlichung vorliegt, der die Anwendung der Strafe nicht rechtfertigt (Art. 1477, vergl. Art. 792, 801, 1460, 1483, Zach. §. 519).

Auf die Theilung einer Gemeinschaft wendet man die Regeln an, welche das Gesetz in Bezug auf Förmlichkeiten und Wirkungen von Erbschaftstheilungen aufgestellt hat. Was die Formen anbelangt, so muß die Theilung gerichtlich vor sich gehen, wenn Minderjährige, Entmündigte oder Abwesende unter den Theilnehmern sind. Bezüglich der Wirkungen ist die Theilung rein erklärend und jeder Theilnehmer wird für den ausschließlichen Eigenthümer der Güter angesehen, die in sein Loos fallen, und zwar von dem Tage an, wo sie in die Gemeinschaft kamen, weil diese Güter von diesem Augenblicke an unter den beiden Ehegatten in Ungetheiltheit waren (Art. 1476, vergl. Art. 823 ff., 883 ff., 887 ff. S. auch Art. 841. 878, Zach. §. 519).

61. — Theilung der Schulden. — Unter Passiva der Gemeinschaft versteht man, außer dem, was diese im Augenblick der Auflösung schuldig ist, alle Kosten für Rechtshandlungen, welche zur Vorbereitung, Vornahme oder Vollendung der Theilung dienen. Sie zerfallen in zwei Theile, die man ja nicht zusammen werfen darf. Der eine regelt die Beziehungen unter den Ehegatten und bestimmt den Beitrag, den der Einzelne endgültig zu leisten hat; der andere bezieht sich auf die Gläubiger und setzt die Summe fest, für welche der einzelne Ehegattte diesen gegenüber, vorbehaltlich seines Rückgriffs auf den andern Ehegatten, zu haften hat.

Die Beitragspflicht der Ehegatten regelt sich bei allen Schulden der Gemeinschaft ohne Unterschied: — 1. entweder nach der ausdrücklichen Uebereinkunft, die sie in dieser Beziehung zu treffen beliebten; — 2. oder, in Ermangelung ausdrücklicher Uebereinkunft, hälftig; — 3. oder endlich, wo die Rechtswohlthat eintritt, von der wir gleich sprechen werden, für die Frau nach Verhältniß des Vortheils, den sie aus der Activmasse gezogen hat und bezüglich des Mannes für den Ueberschuß.

Um die fragliche Rechtswohlthat zu genießen, muß die Frau innerhalb dreier Monate von der Auflösung an ein getreues und regelrechtes Vermögensverzeichniß haben errichten lassen und Rechnung ablegen, sowohl über die Güter, welche in diesem Vermögensverzeichniß enthalten sind, als über die, welche, sei es wegen ihrer natürlichen Beschaffenheit, sei es aus Uebersehen, anerfallen sind, ohne verzeichnet worden zu sein. Der Vortheil, nach dessen Verhältniß hier die Frau Schulden übernimmt, umfaßt allen Nutzen, welchen die Frau aus der Gemeinschaft gezogen hat, nicht aber auch die Summen oder Güter, welche sie zur Tilgung der Entschädigungsansprüche, die ihr an die Gemeinschaft zustehen, vorweg genommen hat (denn darin liegt nur die Rücknahme dessen, was ihr gehörte). Selbstverständlich werden die Sachen nach ihrem Stand und Werth am Tage der Theilung berechnet.

So oft ein Ehegatte in Folge der unter der vorigen Nummer angegebenen Regeln, oder in Folge einer Hypothek mehr gezahlt hat als er zu tragen hatte, dann hat er, wie bereits angegeben, seinen Rückgriff auf den anderen Ehegatten für Alles, was er zu viel bezahlt hat (Art. 1482 rc. rc.. I—III vergl. Art. 795, 1456, 1461, Zach. §. 520).

62. — Bezüglich des Zugriffsrechts der Gläubiger müssen wir die Schulden der Gemeinschaft in mehrere Kategorien theilen.

Die vom Manne herrührenden können in ihrem ganzen Betrage gegen den Mann eingeklagt werden, weil er den Gläubigern gegenüber immer der persönliche Schuldner ist, aber gegen die Frau nur für die Hälfte, weil sie nur als Gemeinschaftsgenossin haftet. Umgekehrt können die von der Frau herrührenden Schulden gegen diese in ihrem ganzen Betrage und gegen den Mann, als Gemeinschaftsgenossen, für die Hälfte eingeklagt werden. Die Schulden, welche beide Ehegatten solidarisch kontrahirt haben, werden gegen jeden derselben im ganzen Betrag eingeklagt. Diejenigen, welche sie mit einander, aber ohne Sammtverbindlichkeit, gemacht haben, können gegen den Mann im ganzen Betrage eingeklagt werden (denn das geht nicht an, daß man ihn seine Frau beitreten läßt, um seine Verbindlichkeit zu vermindern) und gegen die Frau zur Hälfte; sie haftet aber nicht in ihrer einfachen Eigenschaft als Gemeinschaftsgenossin, sondern als persönlich verbindlich. Endlich diejenigen, bezüglich derer die Frau dem Gläubiger ihr beneficium inventarii entgegen hält (das kann sie aber nur bei den Schulden, für welche sie nur als Gemeinschaftsgenossin haftet), können gegen die Frau, statt hälftig, nur nach Verhältniß ihres Vortheils und gegen den Mann wegen des ganzen Mehrbetrags eingeklagt werden (Art. 1484—1487. Zach. §. 520).

Das beneficium inventarii kann unter den oben angegebenen Voraussetzungen von der Frau den Gläubigern so gut als dem Ehemann gegenüber geltend gemacht werden, jedoch mit der Beschränkung, daß dies gegen die Gläubiger nur bei den Schulden zulässig ist, für welche die Frau nur als Gemeinschaftsgenossin, nicht aber persönlich haftet, während dies dem Mann gegenüber bei allen Schulden der Gemeinschaft ohne Ausnahme und Unterschied statthaft ist. Dieses beneficium hat zwar große Aehnlichkeit mit dem, welches im Erbrechte dem Erben zusteht, unterscheidet sich aber doch von demselben sowohl in den Voraussetzungen zu seiner Begründung (es erfordert nämlich keine förmliche Erklärung auf der Gerichtskanzlei), als auch in seinen Wirkungen; denn es hindert die Verschmelzung der Güter der Gemeinschaft und der der Frau nicht. Alle diese Güter bilden ein und dasselbe Vermögen, woraus die doppelte Consequenz folgt: — 1. daß die Frau, zum Unterschiede von dem heres cum beneficio, nach ihrem Gutdünken und ohne alle Förmlichkeiten, alle ihr anerfallenen Gemeinschaftsgüter, Liegenschaften wie Fahrnisse, veräußern kann; — 2. daß sie die Gläubiger nie zwingen kann, sich mit der Güterabtretung zufrieden zu

geben, wie auch die Gläubiger sie zu dieser Abtretung nicht nöthigen können; sie können nur, wenn die Schätzung dieser Güter ihnen zu nieder dünkt, eine andere aufstellen lassen und dabei mitwirken (Art. 1483, III, Zach. §. 520, 612, 619).

Hat ein Ehegatte einem Gläubiger mehr als den Theil bezahlt, wofür er haftet, dann wird präsumirt, er habe den anderen Ehegatten liberiren wollen und er hat in Folge dessen diesem Gläubiger gegenüber kein Rückforderungsrecht. Nur dann verhält sich dies anders, wenn in der Quittung erwähnt ist, daß der Ehegatte die Summe als den ihn treffenden Theil bezahlt hat: diese Erwähnung beweist den Irrthum und die Rückforderung an den Gläubiger ist zulässig (Art. 1488, Zach. §. 520).

63. — Unter die Schulden, welche gegen die Frau im Ganzen und gegen den Mann zur Hälfte betrieben werden können, muß man, nach dem Vorgange Pothier's, sowohl die rechnen, welche die Frau während, als die, welche sie vor der Ehe kontrahirt hat; denn beide sind Schulden, die von der Frau herrühren.

Bei allen diesen Schulden, welche von der Frau herrühren, kann der Gläubiger in den Fällen, wo das beneficium inventarii zwischen den Eheleuten zur Anwendung kommt, nachdem er vom Manne die Hälfte, wofür dieser haftet, (proprio nomine) verlangt hat, an ihn (jure debitricis) auch noch den Theil der andern Hälfte fordern, welcher den Vortheil übersteigt, den die Frau aus dem Vermögen zieht. Die entgegengesetzte Ansicht der meisten Schriftsteller beruht auf einem offenbaren Irrthum; denn wenn es klar ist, daß die Gläubiger vom Manne nur seine Hälfte verlangen können, so lange sie in ihrem eigenen Namen klagen, so ist es ebenso klar, daß sie das, was den Empfang der Frau übersteigt, fordern können, wenn sie im Namen dieser klagen (Art. 1485—1486, II, Zach. l. c.).

III. Von den Wirkungen der Entschlagung.

64. — Durch den Verzicht wird die Frau der Gemeinschaft fremd.

Daraus folgt, daß sie keinerlei Recht auf die Gemeinschaftsgüter hat, diese hören auf Gemeinschaftsgüter zu sein und werden ausschließliches Eigenthum des Mannes. Von selbst versteht es sich, daß sie zurücknimmt: — 1. die Fahrnisse oder Liegenschaften, die ihr eigen und im Stück vorhanden sind; — 2. den Preis von ver-

äußerten Sondergütern, der noch nicht in die Gemeinschaftskasse geflossen ist; — 3. endlich die Vergütungen, die sie etwa anzusprechen hat. Mit einem Worte, sie nimmt alles das zurück, was sie im Fall der Theilhaftigmachung vor der Theilung vorweg genommen hätte. Hier kann sie sich aber nicht, wie im Falle des Theilhaftigmachens, für ihre Vergütungsansprüche durch Aneignung von Gemeinschaftsgütern im Stück bezahlt machen; da sie hier nur eine einfache Gläubigerin ist, so hat sie nur einen Anspruch auf Zahlung in Geld, wegen der sie jedoch auf alle Güter des Mannes greifen kann. Der Zinsenlauf beginnt, wie im gemeinen Rechte, erst vom Tage der gerichtlichen Anforderung an. Außer diesen Rechten gestattet ihr das Gesetz, aus Humanitäts- und Schicklichkeitsrücksichten, alle Kleidung und Weißzeug für ihren eigenen Gebrauch an sich zu ziehen: non debet enim abire nuda. Diese Vergünstigung ist aber eine höchst persönliche und kann nie von den Erben ausgeübt werden. Stirbt die Frau erst nach Ansichnahme dieser Gegenstände, dann gehören sie natürlich den Erben, weil sie bereits in ihre Vermögensmasse gefallen waren; wenn sie aber vorher stirbt, dann können die Erben diese Gegenstände nicht an sich ziehen, weil dann das Motiv, auf dem die Befugniß hiezu beruht, nicht mehr vorhanden ist (Art. 1492, 1493, 1495. Zach. §. 521, 412).

Auf der anderen Seite hat die verzichtende Frau Nichts zu den Gemeinschaftsschulden beizutragen; und müßte sie eine solche, nicht als Gemeinschaftsgenossin (denn als solche kann sie nicht belangt werden), sondern weil sie sich persönlich verbindlich gemacht hatte, zahlen, dann hat sie für das Ganze ihren Rückgriff auf den Mann (Art. 1494, Zach. l. c.).

Allgemeine Bemerkung.

65. — In gewissen Fällen kann die Annahme der gesetzlichen Gütergemeinschaft dem einen Ehegatten große Vortheile auf Kosten des anderen verschaffen. Das Gesetz macht aus diesen Vortheilen eine ganz besondere Kategorie, die bald unter den Regeln gewöhnlicher Freigebigkeiten, bald unter denen von belasteten Rechtsgeschäften steht; hinterläßt der Ehegatte, der seinen Gatten auf seine Kosten bereichert hat, Kinder aus einer früheren Ehe zu Erben, dann ist der Vortheil, wie jede andere Schenkung auf den Antrag dieser Kinder der Minderung unterworfen; im entgegengesetzten Falle, der Ehegatte mag Ahnen oder gar Kinder aus seiner Ehe

zu Erben haben, kann der Vortheil nicht angefochten werden. Wenn nun die Erbschaft des Ehegatten zugleich von Kindern der letzten und solchen einer früheren Ehe angenommen wird, und diese letztern erwirken die Minderung, dann kommt solche auch den ersteren zu Statten (weil die Güter, sobald sie in das Erbvermögen gefallen sind, gleichmäßig vertheilt werden müssen); aber die Klage selbst anstellen, das können sie nicht. Das macht jedoch keinen Unterschied, ob die Gütergemeinschaft, aus welcher der Vortheil entspringt, in Folge ausdrücklicher Annahme oder durch die Thatsache eingeführt worden ist, daß sich die Ehegatten ohne Ehevertrag geheirathet haben; ebenso wenig kommt es darauf an, ob der Vortheil aus dem Zustande des Vermögens der Ehegatten entspringt, in welchem es bei Abschluß der Ehe war, oder nur aus den Gütern oder Schulden, die ihnen später anerfallen sind: in allen Fällen bleibt die Regel die nämliche, weil auch die Consequenzen die nämlichen sind. Wohl zu bemerken ist aber, daß nur der Vortheil in Betracht kommt, welcher unmittelbar aus der Vermischung der Güter und Schulden der Eheleute im Kapitalstock entspringt, während auf Zinsen, Einkünfte oder Ertrag der Arbeit der Eheleute gar keine Rücksicht genommen wird (Art. 1496, 1098, 1527, Zach. §. 504, 690).

Zweites Kapitel.

Von der bedungenen Gütergemeinschaft.

66. — Innerhalb der Grenzen, welche die Achtung vor den guten Sitten und der öffentlichen Ordnung gezogen hat, haben die Eheleute die absolute Freiheit, nach ihrem Gutfinden ihren Ehevertrag abzufassen, und es steht daher in ihrem Belieben, entweder jedes System der Gütergemeinschaft zu verwerfen und sich unter eine der Güterrechtsnormen zu stellen, welche wir in unserm zweiten Theile erläutern werden, oder die gesetzliche Gütergemeinschaft innerhalb der erwähnten Gränzen durch gutfindende Vereinbarungen zu modificiren.

Unmöglich ist es, eine vollständige Zusammenstellung der zahlreichen Stipulationen zu geben, welche sich die Phantasie der Vertragspersonen ausdenken kann; diejenigen, welche in der Praxis bisher vorgekommen sind, und welche der Code nach dem Vorgang des älteren Rechts erläutert, sind acht an der Zahl, die man jedoch auf fünf Klassen reduciren kann, je nach dem sie zum Gegenstande

haben: — 1. die Beschränkung der gewöhnlichen Gütergemeinschaft; — 2. deren Ausdehnung; — 3. gesonderte Zahlung der Schulden der Ehegatten; — 4. das Recht der Frau, ihr Beibringen zurückzunehmen; — 5. endlich die Modification der Theilungsregeln (Art. 1497).

In dieser Zusammenstellung ist ein ebenso einfaches als gebräuchliches Geding nicht aufgeführt, und von ihm spricht der Code, wahrscheinlich gerade wegen seiner Einfachheit, nicht: wir meinen das Geding der Verbindlichkeit zur Ersetzung der veräußerten Liegenschaften der Frau durch andere. Wir müssen hierüber einige Worte sagen und dann auf eine andere äußerst wichtige Frage eingehen, ehe wir zur Untersuchung der fünf angegeben Fragen kommen.

67. — Wir haben gesehen, daß die Ersetzung der Liegenschaften der Frau, wie sie in unserem Gesetze organisirt und die für den Mann rein fakultativ ist, nur unter der doppelten Voraussetzung zu Stande kommt: — 1. muß der Mann eine Erklärung über den Ursprung des Geldes und den Zweck des Erwerbs der Liegenschaft abgegeben, — 2. muß diese Liegenschaft von der Frau als Sondergut angenommen werden. So viel ist klar, daß die erste dieser Voraussetzungen auch bei der obligatorischen oder vertragsmäßigen Ersetzung nothwendig ist (nämlich bei der, deren Effektuirung dem Manne durch specielles Vertragsgeding auferlegt ist); über die Frage aber herrscht Streit, ob auch die zweite Voraussetzung erforderlich ist. Für deren Verneinung wird angeführt, daß man dem Ehemann damit, daß man ihm die Verbindlichkeit auferlegt, die Ersetzung zu bewirken, zugleich den Auftrag gibt, Erwerb für seine Frau zu machen, welche sich somit auf die Wahl verläßt, die ihr Mann treffen wird. Der Irrthum liegt aber auf der Hand. Der einzige Unterschied zwischen gesetzlicher und vertragsmäßiger Ersetzung liegt anerkannt darin, daß die facultas zu kaufen, welche in jener liegt, sich in dieser zur obligatio umändert; da nun dies der einzige Unterschied ist und auf der andern Seite der Gegenstand der facultas einfach der ist, eine Liegenschaft zu kaufen, welche der Prüfung der Frau unterliegt, deren Sondergut sie nur im Falle des Gutfindens wird, so ist auch der Gegenstand der obligatio der gleiche. Der Auftrag für die Frau, gleich als ob sie es selbst wäre, zu kaufen, kann dem Mann ganz füglich ertheilt werden, dazu ist aber offenbar eine Erklärung ad hoc erforderlich (Art. 1497, II, 1434, 1435, Zach. §. 511).

Die zweite besonders wichtige Frage, die wir hier zu beleuchten haben, ist die, daß die freie Hand, welche die Ehegatten bei diesem Vertrage haben, nicht wie oft behauptet wurde, so weit reicht, daß sie die Liegenschaften der Frau unveräußerlich machen können, während sie sich nur die Gütergemeinschaftsnorm wählen; dies kann nur stattfinden, wenn diese Liegenschaften ausdrücklich dem Dotalrecht unterworfen werden. Allerdings können die Eheleute diese Unveräußerlichkeit erwirken, während sie sich für den ganzen Rest der Gütergemeinschaft unterwerfen; das bleibt aber unumgänglich nothwendig, daß sie für diese Liegenschaften das Dotalrecht adoptiren müssen. Der Grund ist einfach: Die freie Circulation der Güter, ihre Veräußerlichkeit, ist ein Prinzip der öffentlichen Ordnung, dem nur in den im Gesetze ausdrücklich vorgesehenen Fällen und Voraussetzungen derogirt werden kann, und offenbar kann die Unveräußerlichkeit der Güter des Mannes niemals mit Rechtswirkung stipulirt werden. Da nun das Gesetz die Unveräußerlichkeit der Liegenschaften der Frau nur unter dem Dotalrechte zuläßt, und auf der andern Seite das Dasein des Dotalrechts nur im Falle einer ausdrücklichen Unterwerfung unter dasselbe anerkennt, so kann man also die Unveräußerlichkeit der Liegenschaften in anderer Form als der ausdrücklichen Erklärung der Dotalität eben so wenig stipuliren, als man auf irgend eine Weise die der Liegenschaften des Mannes stipuliren könnte (Art. 1497, III, Zach. §. 534).

I. Abschnitt.

Von den Gedingen, welche die gesetzliche Gütergemeinschaft beschränken.

68. — Die Ehegatten können die Ausdehnung, welche das Gesetz der gewöhnlichen Gütergemeinschaft gibt, einschränken, indem sie entweder eine blose Errungenschaftsgemeinschaft stipuliren, oder von ihrer Gemeinschaft ihr Fahrnißvermögen ganz oder zum Theile ausschließen.

I. Von der Errungenschaftsgemeinschaft.

69. — Die Erungenschaftsgemeinschaft, zu deren Errichtung das Gesetz, troß entgegenstehender Ansichten, keinerlei besondere Ausdrucksweise oder verba sacramentalia verlangt, umfaßt in seiner Aktivmasse nur den Gewinn, der während der Ehe durch den Gewerbfleiß der Ehegatten gemacht wird, und die Früchte oder den Ertrag ihrer Güter, die während der Ehe gezogen oder fällig

werden. Sie läßt ihnen folglich als Sondergut: — 1. alle Güter, Fahrnisse wie Liegenschaften, die ihnen am Tage der Trauung gehören, einerlei, auf welchem Wege sie ihnen zugefallen sind; — 2. alle die, welche ihnen während der Ehe anders als als Ergebniß ihres Gewerbfleißes zufließen.

Zinsen, Renten oder irgend andere Erträgnisse, welche zur Zeit der Trauung schon fällig waren, sind Sondergut des Ehegatten, wenn sie auch erst später bezahlt werden. Früchte, die im gleichen Augenblicke noch am Baume oder an der Wurzel hängen, gehören der Gesellschaft; sie bezieht sie aber, zum Unterschied von der gesetzlichen Gütergemeinschaft, nur mit der Verpflichtung, dem Ehegatten dagegen die Summe für Saat- und Bebauungskosten zu vergüten, weil hier diese Summe, wenn sie nicht ausgegeben worden wäre, Sondergnt des Ehegatten geblieben sein würde.

Auf der andern Seite umfaßt die Passivmasse nur — 1. die Schulden, welche während der Ehe für die Gesellschaft kontrahirt werden; — 2. Zinsen oder Rentenraten von persönlichen Schulden der Ehegatten; — 3. die Lasten der Nutznießung der Güter der Ehegatten. Alle Schulden, die bei der Trauung vorhanden sind und die auf Mobiliarschenkungen oder Erbschaften ruhenden, welche während der Ehe anerfallen, bleiben den Ehegatten persönlich (Art. 1498, I und II, Zach. §. 522).

70. — Auch hier, wie bei der gesetzlichen Gütergemeinschaft, wird jedes Gut so lange für gemeinschaftlich angesehen, bis der Ehegatte, der es als Sondergut anspricht, das Gegentheil beweist. So einfach dieser Beweis bei Liegenschaften ist, so hat er doch bei Fahrnissen seine besonderen Regeln. Handelt es sich um das Mobiliar, das der Ehegatte bei seiner Verheirathung mitgebracht hat, dann läßt das Gesetz, ohne Unterschied zwischen Mann und Frau, keinen anderen Beweis zu, als ein Inventar oder Verzeichniß dieses Mobiliars in vorgeschriebener Form. Bei Fahrnissen, welche während der Ehe anerfallen, verhält es sich anders; da der Mann die Verpflichtung hat, nicht nur die ihm, sondern auch die seiner Frau anerfallenen Fahrnisse konstatiren zu lassen, und da man diese Frau nicht für die Nachlässigkeit oder vielleicht gar die Arglist des Mannes verantwortlich machen kann, so gestattet das Gesetz, während es beim Manne die Nothwendigkeit einer Urkunde in vorgeschriebener Form beibehält, der Frau, wo diese Urkunde fehlt, den Bestand des ihr anerfallenen Mobiliars durch Zeugen und sogar durch den gemeinen Ruf zu beweisen. Von selbst versteht sich, daß

die Erben des Manns oder der Frau gerade die nämlichen Rechte wie ihre Rechtsvorfahrer haben, nur daß die des Mannes in dem Falle auch durch Zeugen und durch den gemeinen Ruf beweisen dürfen, wo sie geltend machen können, daß das Inventarisiren zur Gefährde ihres Vorbehaltsrechts unterlassen worden sei.

Wie bei der gesetzlichen Gütergemeinschaft, zerfällt auch hier das Sondermobiliar der Ehegatten in vollkommenes und unvollkommenes, und die Sonderfahrnisse der Frau, die es im strengsten Sinne sind, können vom Manne nicht veräußert werden (Art. 1499, III u. IV, arg. 1504, 1510, Zach. l. c.).

War die Gemeinschaft auf errungene Liegenschaften beschränkt, was zuweilen und zwar gesetzlich vollwirksam vorkommt, wie es der heutige Gerichtsgebrauch, trotz entgegen stehender Ansichten annimmt (denn ein solches Geding enthält nichts Sittenwidriges und ist durch kein Gesetz verboten), dann umfaßt die Aktivmasse nur diejenigen der oben angegebenen Gewinne, welche unbeweglich gemacht werden, während die anderen Sondergut des Mannes bleiben. Da die Schuldenmasse, als der Inbegriff der während der Ehe kontrahirten Schulden (wozu jedoch die nicht gehören, welche sich auf Sonderliegenschaften der Ehegatten beziehen), natürlich auf dem Inbegriff des während der Ehe Errungenen lastet, so muß man den Satz aufstellen, daß die fahrende Errungenschaft, welche dem Manne verbleibt, und die liegende Errungenschaft, welche die Gesellschaft bildet, zusammen alle Schulden zu Antheilen tragen, welche ihrem gegenseitigen Belange entsprechen. — Uebrigens finden bei dieser sehr beschränkten Gütergemeinschaft alle die Regeln der gewöhnlichen Gütergemeinschaft ihre Anwendung, die nicht unvereinbar mit ihr sind, namentlich auch die Regel, von der wir unter Nr. 22 bei dem Erwerbe unabgetheilten Gutes gesprochen haben. Nur hat der Mann, wenn dieser Erwerb ihm ein Sondergut verschafft, keine Vergütung zu leisten, weil die Summen, die zum Erwerb benützt wurden, ihm gehört haben; die Frau dagegen muß Vergütung leisten, wie bei der gewöhnlichen Gütergemeinschaft (Art 1499, V, 1408, Zach. §. 522 Not. 15 u. 21).

II. Von dem gänzlichen oder theilweisen Ausschluß der fahrenden Habe.

71. — Ein Ehegatte kann seine gegenwärtige, oder künftige, oder seine gegenwärtige und künftige fahrende Habe ganz oder zum Theil von der Gemeinschaft ausschließen.

Das Ausschließen kann unter vier verschiedenen Formen vor sich gehen: — 1. der Ehegatte erklärt direkt, daß er die Gesammtheit oder den und den Theil seiner Fahrnisse ausschließe; — 2. er erklärt, er werfe den und den Theil in die Gemeinschaft, wodurch der Rest von selbst ausgeschlossen ist; — 3. er stipulirt, daß ein bestimmter Theil seines Mobiliars oder eine gewisse Summe, die daraus genommen werden soll, zum Erwerb von Liegenschaften, die Sondergut für ihn sein sollen, zu verwenden sei; diese Stipulation führt den besonderen Namen clause d'emploi; — 4. er legt endlich sein Mobiliar nur bis zum Belauf einer bestimmten Summe in die Gemeinschaft, wodurch der Ueberschuß ausgeschlossen wird.

Dieser Ausschuß der fahrenden Habe führt den Namen Verliegenschaftung, weil er zum Vortheil des Ehegatten die Gesammtheit oder einen Theil der fahrenden Habe desselben den Liegenschaften gleichstellt und sie ihm als Sondergut beläßt. Das Wort Verliegenschaftung, im engeren und richtigeren Sinne genommen, bezeichnet nur die drei ersten von den angegebenen vier Fällen und steht im Gegensatz zur letzten Stipulation, welche den speciellen Namen Einwerfungsgeding (clause d'apport, stillschweigende Verliegenschaftung) führt. Diese beiden Klassen müssen von einander unterschieden werden (Art. 1500, I, 1511 Zach. §. 523).

72. — Verliegenschaftungsgeding. — Wenn sich ein Ehegatte seine Fahrnisse im Ganzen oder zum Theil als Sondergut vorbehält, indem er sie direkt oder indirekt, zum Theil dadurch, daß er einen anderen Theil in die Gemeinschaft einwirft, oder durch ein Geding des Erwerbs von Sonderliegenschaften, von der Gemeinschaft ausschließt, dann ist der Ehegatte gehalten, einen entsprechenden Theil seiner Mobiliarschulden zu tragen, je nach dem sich dieser Vorbehalt auf die Gesammtheit oder einen bestimmten Theil der fahrenden Habe bezieht. Indem der Code hier eine alte Streitfrage erledigt, bestätigt er in verschiedenen Verfügungen diesen Grundsatz unseres älteren französischen Rechts, wie ihn Pothier aufgestellt, daß nämlich die fahrenden Schulden durchgängig auf dem fahrenden Vermögen ruhen. Wenn demnach ein Ehegatte alle seine gegenwärtigen Fahrnisse verliegenschaftet, dann trägt er auch alle seine gegenwärtigen Schulden; verliegenschaftet er diejenigen, welche ihm später durch Erbgang oder Schenkung anerfallen werden, dann trägt er die Schulden dieser Erbschaften oder Schenkungen; be-

hält er sich endlich nur einen so und so vielsten Theil der einen oder anderen vor, dann trägt er einen verhältnißmäßigen Theil dieser Schulden. Behält er sich nur eine oder mehrere bestimmte Mobilien vor, dann hat er keine Schulden auf sich zu nehmen, ebenso wie er sie umgekehrt alle auf sich hätte, wenn er nur eine oder mehrere bestimmte Mobilien in die Gemeinschaft eingeworfen hätte; quia non certarum rerum aes alienum onus est.

Das Geding des Erwerbs von Sonderliegenschaften bewirkt die Verliegenschaftung von selbst und ehe noch der Erwerb effektuirt worden ist. Es war von jeher so, und das mit Recht, weil die Sachen gerade dadurch augenscheinlich von der Gemeinschaft ausgeschlossen werden, daß sie zum Erwerb von Liegenschaften für den Ehegatten vorbehalten worden.

Von selbst versteht es sich übrigens, und wir werden noch mehrmals die gleiche Bemerkung zu machen haben, daß das Verliegenschaftungsgeding, als dem gemeinen Rechte derogirend, immer strikt zu interpretiren ist; so daß, wenn es in mehrfacher Bedeutung genommen werden kann, man sich an die Bedeutung halten muß, welche am wenigsten von den Regeln der gesetzlichen Gütergemeinschaft abweicht (Art. 1500, II—IV, arg. Art. 1511, 1514, Zach. l. c.).

73. — Einwerfungsgeding. — Das Geding, in Folge dessen ein Ehegatte sein Mobiliar bis zum Belauf einer bestimmten Summe in die Gemeinschaft einlegt, ist von den drei soeben zugleich abgehandelten Gedingen darin verschieden, daß es nicht immer die Verliegenschaftung bewirkt, und die, welche es bewirkt, zuweilen keine wahre und eigentliche Verliegenschaftung ist. Auf der einen Seite ist hier von der Gemeinschaft nur das ausgeschlossen, um was das Mobiliar des Ehegatten die von ihm versprochene Summe übersteigt; es kann aber vorkommen, daß dieses Mobiliar die Summe nicht übersteigt oder gar nicht einmal erreicht. Auf der anderen Seite ist der Ueberschuß, wenn ein solcher vorhanden ist, nicht im strengen Sinne Sondergut des Ehegatten; er gehört wie alles Andere der Gemeinschaft, die nur Schuldnerin des Werths dieses Ueberschusses ist. In diesem Falle hat der Ehegatte sein Mobiliar zur Tilgung der von ihm kontrahirten Schuld hingegeben; es liegt eine Hingabe an Zahlungsstatt vor; die Gemeinschaft erwirbt, vorbehaltlich der Abrechnung, das Eigenthum aller Fahrnisse, und für sie nehmen sie an Werth zu oder ab.

Der Ehegatte, der sich durch sein Einwerfungsversprechen als Schuldner der angegebenen Summe erklärt hat, muß bei Auflösung

der Gemeinschaft beweisen, daß er dieselbe mit dem von ihm herrührenden Mobiliar ganz bezahlt hat. Der Beweis des Bestands dieses Mobiliars steht unter verschiedenen Regeln, je nach dem es sich um Mobiliar, das bei der Trauung beigebracht wurde, oder um solches handelt, das später anerfallen ist. Bei dem letzteren (das der Code mit Recht und im Gegensatz zum älteren Rechte ebenfalls als Zahlung der versprochenen Summe zu rechnen gestattet) wird der Beweis nach der Regel geliefert, welche für die Errungenschaftsgemeinschaft aufgestellt worden ist, d. h. der Mann kann nur mit einem Inventar oder einem Verzeichniß in gehöriger Form Beweis liefern, während die Frau, wo dieses Verzeichniß fehlt, mit Zeugen und sogar mit dem gemeinen Ruf beweisen kann. Bezüglich des Mobiliars, welches bei der Trauung beigebracht wird, verlangt das Gesetz nicht so viel: bei dem Beibringen der Frau genügt eine Quittung, welche der Mann, im Vertrag oder in einer späteren Rechtsurkunde, der Frau oder denen ausstellt, die sie ausgestattet haben, und man kann im Vertrag ganz gut stipuliren, daß gerade die Thatsache der Trauung als Quittung gelten solle; da für das Beibringen des Mannes keine Quittung gefordert werden kann, so begnügt sich das Gesetz mit der einfachen Erklärung, die der Mann im Vertrage abgibt.

Von selbst versteht sich, daß der Ehegatte der Gemeinschaft für die Fahrnisse Gewähr leisten muß, welche er als Zahlung gibt und daß diejenigen, welche evincirt werden, nicht für ihn in Rechnung kommen. Stehen Forderungen in Frage, so ist noch weiter erforderlich, daß sie auch an die Gemeinschaft bezahlt werden: von den Forderungen, welche die Frau beigebracht hat, wird präsumirt, daß sie bezahlt worden sind oder ohne die Nachlässigkeit des Mannes bezahlt worden wären, so lange dieser nicht nachweist, daß er rechtzeitig aber erfolglos den Schuldner betrieben habe. Von selbst versteht sich endlich, daß der Betrag der Schulden, welche auf der fahrenden Habe des Ehegatten hafteten und von der Gemeinschaft bezahlt wurden, von dem Werth des Mobiliars, der in Rechnung kommt, abgezogen werden muß und daß auf der anderen Seite dieser Werth nach dem Stande der Dinge an dem Tage gerechnet wird, an welchem die Gemeinschaft dieselben erhalten hat (Art. 1501—1504, Zach. l. c.).

II. Abschnitt.

Von den Gedingen, welche die gesetzliche Gütergemeinschaft ausdehnen.

74. — Wenn die Ehegatten den gesetzlichen Umfang der Gütergemeinschaft enger machen können, so können sie ihn auch erweitern, und so gut sie befugt sind, ihre Fahrnisse, die nach dem gemeinen Rechte in die Gesellschaft fallen würden, ganz oder zum Theil davon auszuschließen, eben so gut sind sie auch befugt ihre Liegenschaften, die der Regel nach ausgeschlossen sind, in dieselbe hereinzuziehen. Jedes Geding, das darauf abzweckt, heißt Entliegenschaftungsgeding.

Dieses Wort Entliegenschaftung darf aber nicht buchstäblich genommen werden. Es will damit nicht gesagt werden, daß die Liegenschaften, welche der Gegenstand des Gedings sind, ihre Eigenschaft verlieren und als Fahrnisse angesehen werden und in dieser ihrer fingirten Fahrnißqualität in die Gemeinschaft fallen, sondern sie stehen ganz einfach nur darin den Fahrnissen gleich, daß sie in die Gemeinschaft fallen. Entliegenschaftete Güter stehen also nicht auf gleicher Linie mit den Fahrnissen, sondern sie stehen auf der Linie von errungenen Liegenschaften.

Die Entliegenschaftung ist eine allgemeine oder eine besondere. Sie ist allgemein, wenn sie die Gesammtheit der Liegenschaften, der gegenwärtigen, oder der künftigen, oder der gegenwärtigen und künftigen, oder eine pars quota dieser Gesammtheit betrifft. Sie ist eine besondere, wenn sie eine oder mehrere speciell bezeichnete Liegenschaften betrifft; und da eine Bezeichnung nicht individuell zu sein braucht um auch speciell zu sein, so ist die Entliegenschaftung der Liegenschaften in dem und dem Bezirk, in der und der Gemeinde, in dem und dem Departement eine besondere (Art. 1505, I, Zach. §. 524).

75. — Eine andere äußerst wichtige Eintheilung ist die in bestimmte und unbestimmte Entliegenschaftungen. Der Code gibt hiervon zwei einander widersprechende Definitionen; da aber die zweite dem gesunden Menschenverstand und der Ansicht Pothier's ebenso sehr entspricht als die erste dagegen läuft, da sie ferner in Thatsachen besteht, während die erste mehr eine Spielerei mit Worten ist, die aus einem offenbaren Mangel an Ueberlegung entsprang, so kann man keinen Augenblick in der Wahl zwischen beiden im Zweifel sein.

Die bestimmte Entliegenschaftung, die man besser vollkommene Entliegenschaftung nennen könnte und die nichts anderes ist, als die wahre, die eigentliche Entliegenschaftung, ist diejenige, in Folge deren die Liegenschaft oder die Liegenschaften in die Gemeinschaft fallen. Die unbestimmte oder unvollkommene Entliegenschaftung ist diejenige, welche sie nur bis zum Belauf einer gewissen Summe hineinfallen läßt (Art. 1506—1509, I—IV, Zach. §. 524).

Die bestimmte Entliegenschaftung, sie mag eine besondere oder eine allgemeine sein, macht die Gemeinschaft zur Eigenthümerin der Liegenschaften oder der betreffenden pars quota, und das Haupt dieser Gemeinschaft kann sie somit veräußern gleich den errungenen Liegenschaften. Die unbestimmte Entliegenschaftung dagegen gibt der Gemeinschaft nur ein Forderungsrecht, das aber von ganz besonderer Art ist. Das Recht der Gemeinschaft bezieht sich nämlich nicht so sehr auf die Summe, bis zu deren Betrag die Liegenschaften entliegenschaftet sind, als vielmehr auf die Liegenschaften selbst innerhalb der Gränzen dieser Summe; daraus folgt auf der einen Seite, daß, wenn ihr Werth niederer als diese Summe ist, die Gemeinschaft doch gehalten ist, sich mit den Liegenschaften zufrieden zu geben, und daß, auf der anderen Seite, die Gemeinschaft, obgleich sie nicht Eigenthümerin ist, doch die Befugniß hat, bis zum Belauf dieser Summe die Liegenschaften zu verpfänden. Zwei Regeln haben die bestimmte und unbestimmte Entliegenschaftung mit einander gemein. Die eine liegt in der Befugniß, die dem Ehegatten, welcher entliegenschaftet hat, zusteht, bei der Theilung der Gemeinschaft die entliegenschafteten Güter an sich zu ziehen, indem er sie sich auf seinen Antheil um den Werth, den sie in diesem Augenblick haben, aufrechnen läßt. Die andere ist die Gewährleistungsschuldigkeit, welche jede besondere Entliegenschaftung nach sich zieht: da die Entliegenschaftung keine Freigebigkeit ist, so ist es klar, daß die Gemeinschaft entschädigt werden muß, wenn ihr eine Liegenschaft evincirt wird, welche man ihr speciell überliefert hatte. Die allgemeine Entliegenschaftung dagegen begründet keine Gewährleistung, weil der, welcher eine Gesammtheit von Gütern übergibt, sie in dem Zustande übergibt, wie sie in seinen Händen ist (Art. 1509, V u. VI, 2124, Zach. §. 524).

76. — Ist eine vollkommene und allgemeine Entliegenschaftung aller gegenwärtigen oder aller künftigen, oder aller gegenwärtigen und künftigen Liegenschaften von den Ehegatten beiderseitig vereinbart worden, dann bewirkt diese gegenseitige Stipulation eine all-

gemeine Gütergemeinschaft. Diese Gemeinschaft, welcher das Gesetz ihrer Wichtigkeit wegen einen besondern Abschnitt widmet, ist also nur ein Fall der Entliegenschaftung.

Jedoch kann es sogar in dem Fall, wo diese gegenseitige Entliegenschaftung für alle Liegenschaften, gegenwärtige wie künftige, stipulirt worden ist (wodurch folgeweise auch alle gegenwärtige und künftige Schulden gemeinschaftlich werden), vorkommen, daß die Gemeinschaft dennoch keine streng allgemeine ist, denn es können einem Ehegatten Güter unter der Bedingung geschenkt werden, daß sie ihm eigen bleiben sollen, wodurch sowohl diese Güter als die daran haftenden Schulden von der Gemeinschaft ausgeschlossen werden.

Von selbst versteht es sich, daß jedes Entliegenschaftungsgeding als dem gemeinen Rechte derogirend stricte zu interpretiren ist. So wäre z. B. das Geding, alle seine Liegenschaften in die Gemeinschaft zu werfen, ohne weitere Erläuterung, nur auf die gegenwärtigen Liegenschaften zu beziehen (Art. 1505, II und III, 1526, Zach. §. 524 u. 525).

III. Abschnitt.

Von der Schuldensonderung.

77. — Hier haben wir zu unterscheiden: — 1. Die vollkommene und eigentliche Schuldensonderung; und — 2. diejenige, welche sich als uneigentliche aus dem Geding des schuldenfreien Einbringens ergibt.

Von der eigentlichen Schuldensonderung. — Der Ausschluß der Schulden aus der Gemeinschaft, welche gemeinrechtlich in dieselben fallen müßten, ein Ausschluß, der für einen Ehegatten allein oder für beide zusammen bedungen werden kann, kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Er ist ausdrücklich, wenn im Vertrag gesagt ist, daß ein oder beide Ehegatten ihre Schulden allein tragen sollen; stillschweigend ist er, wenn sich ein oder jeder von beiden Ehegatten die Gesammtheit seiner Fahrnisse als Sondergut vorbehält, indem er entweder gar nichts, oder nur eine bestimmte Summe oder specielle Gegenstände zum Beibringen aussetzt. Es greift hier die bekannte Regel Platz: universi patrimonii, non certarum rerum, aes alienum onus est.

Dieses Geding des Ausschlusses der Schulden muß, wie alle anderen des vorliegenden Kapitels, einschränkend verstanden werden, und fände daher ein solches, das ohne nähere Erläuterung von den Schulden oder von allen Schulden sprechen würde,

nur auf Schulden von der Ehe Anwendung. Was verstehen wir aber von vorehelichen Schulden? Alle diejenigen und nur diejenigen, deren Entstehung in einer Thatsache liegt, welche älter als die Trauung ist. Man rechnet z. B. eine Geldstrafe hierher, in welche der Ehegatte während der Ehe aber wegen eines Vergehens verfällt wurde, das er vor der Trauung begangen hat, weil dieses Vergehen der Grund der Strafe ist. Dagegen werden nicht dazu gerechnet die Schulden einer Erbschaft (einer fahrenden), welche vor der Trauung eröffnet, aber erst nachher angenommen worden ist, weil der Ehegatte sich nur durch die Thatsache der Annahme zum Schuldner der Erbschaftsschulden macht. Rechtlich betrachtet wirken zwar die Folgen der Annahme auf den Tag der Erbschaftseröffnung zurück; hier handelt es sich aber um eine Frage der Willensauslegung, der Intention, um eine thatsächliche Frage, und offenbar ist es thatsächlich und nach der Absicht des Ehegatten nur die Annahme, welche ihm die Erbschaftsschulden auferlegt, wie sie ihm thatsächlich auch zum Erwerb des Activvermögens verhilft. Kraft Gesetzes umfaßt der Ausschluß, neben dem Kapital der Schulden, auch die vor der Trauung verfallenen Zinsen derselben; die während der Ehe fällig werdenden können nur mittelst einer besonders darauf gerichteten Erklärung des Vertrags ausgeschlossen werden (Art. 1510—1512, I und II, Zach. §. 526).

78. — Die Wirkung der Schuldensonderung ist einfach, so lange es sich um die Eheleute handelt, dagegen erfordert sie bezüglich der Gläubiger derselben mehrfache Erörterungen.

Unter den Ehegatten besteht die Wirkung darin, daß die von der Gemeinschaft ausgeschlossenen Schulden von dieser nur gegen die Verpflichtung des betreffenden Ehegatten bezahlt werden, Ersatz dafür zur Zeit der Auflösung zu leisten. Der Ehegatte, der behauptet, sein Ehegenosse habe aus diesem Grunde Vergütung zu leisten, muß beweisen, daß eine voreheliche Schuld dieses Ehegenossen während der Dauer der Gemeinschaft durch Zahlung getilgt wurde; ist das nachgewiesen, dann streitet die Vermuthung bis zum Beweis des Gegentheils dafür, daß die Zahlung mit Gemeinschaftsgeldern bewirkt wurde.

Den Gläubigern gegenüber hängt die Wirksamkeit der Schuldensonderung von der Voraussetzung ab, daß das von Seiten ihres Schuldners in die Gemeinschaft gefallene Mobiliar durch ein Inventar oder Verzeichniß in öffentlicher Form constatirt worden ist. Hat man das Inventarisiren bei dem Mobiliar unterlassen, welches

der Ehegatte beim Eheabschluß beibrachte, oder bei dem, welches ihm in der Folge anerfiel, dann haben diese Gläubiger keine Gewißheit, daß die Werthe, welche man ihnen gegenüber für das ganze von dem Ehegatten herrührende Fahrnißvermögen ausgibt, auch wirklich das ganze Mobiliar ist, und in diesem Falle existirt für sie gar keine Schuldensonderung und sie können auf alle Gemeinschaftsgüter greifen. War dagegen das Mobiliar, welches der schuldende Ehegatte beim Eheabschluß hatte und das, welches ihm später anerfiel, gehörig constatirt worden, dann können die Gläubiger wegen ihrer Zahlung nur auf das Mobiliar, das von diesem Schuldner herrührt, und auf dessen Sondergüter so greifen, als ob er gar nie eine Ehe eingegangen hätte.

Diese Regel gilt für beide Eheleute gleichmäßig. Zwar hielten sie ein großer Theil älterer Schriftsteller und unter ihnen namentlich Pothier nur auf die Frau anwendbar, indem sie lehrten, daß jedes Schuldensonderungsgeding des Ehemanns seinen Gläubigern gegenüber wirkungslos sei, und zwar wegen seines absoluten Verfügungsrechts über die Gemeinschaftsgüter. Das ist aber ein offenbarer Irrthum, denn, wenn dieses Recht über die Gemeinschaft, namentlich zur Tilgung seiner vorehelichen Schulden zu verfügen, dem Mann in dem gemeinen Recht gegeben ist, so liegt es auf der Hand, daß es nicht mehr existirt, wenn dieses gemeine Recht durch ein Geding modificirt ist, in welchem man die Gemeinschaft nur unter der Bedingung adoptirt, daß diese Gemeinschaft die vorehelichen Schulden des Mannes nicht zahlen solle. Wie kann man eine solche Stipulation der Frau sonderbar finden? Warum soll diese Frau, die ihre Fahrnisse nicht in die Gemeinschaft werfen kann, sie nicht auch einwerfen und zugleich vor dem Zugriff der Gläubiger sichern können? ... Der Code kam auf die wahren Grundsätze von Recht und Billigkeit zurück, wenn er auf die Gläubiger des einen und des andern Ehegatten das anwendete, was Pothier nur von den Gläubigern der Frau sagte (Art. 1512, III und IV, Zach. l. c. und Note 9).

79. — Geding des schuldenfreien Einbringens. — Diesen Namen führt das Geding, welches einen Ehegatten für frei von allen Schulden erklärt. Diese Erklärung, die früher immer nur von Dritten abgegeben wurde, die sich für das Freisein des Ehegatten verbürgten, verpflichtete den Ehegatten in keiner Weise, und kann heut zu Tag von Dritten, oder von dem Ehegatten selbst abgegeben werden; und wenn der Ehegatte dabei auch gar kein

Wort spricht, so bleibt er schon deßwegen der Hauptverpflichtete, weil er gestattet, daß die Erklärung abgegeben wird: nur im Falle des Nichthinreichens seiner Güter kann sein Ehegenosse eintretenden Falls auf die Bürgen greifen.

Selbst in dem Falle, wo sich das Geding des schuldenfreien Einbringens am meisten der wahren Schuldensonderung nähert, ist es in zwei Beziehungen davon verschieden, wovon die eine dem Ehegenossen mehr, die andere weniger Vortheil als das erste Geding bietet. Auf der einen Seite muß der Ehegatte, der für schuldenfrei erklärt ist, und für den die Gemeinschaft trotzdem voreheliche Schulden zahlt, nicht allein das Kapital der Schuld sammt den vorehelichen Zinsen, sondern die Totalität der gezahlten Summe sammt allen Zinsen aus dieser Summe vom Tage der Zahlung bis zum Tage der Auflösung ersetzen. Der andere Ehetheil muß in die Lage versetzt werden, in welcher er wäre, wenn der fälschlich für schuldenfrei erklärte Ehegatte keine Schulden gehabt hätte. Auf der anderen Seite hindert aber das Geding des schuldenfreien Einbringens die Gläubiger des Ehegatten nicht, ihre Zahlung gegen alle Gemeinschaftsgüter zu verfolgen (Art. 1513, I, Zach. §. 527).

80. — Wir stellten den Satz auf, daß der Ehegenosse des fälschlich für schuldenfrei erklärten Ehegatten in die Lage versetzt werden muß, als ob dieser Ehegatte keine Schulden gehabt hätte. Diese ehedem hinsichtlich des Schadens, der einfach in einer Minderung des Gemeinschaftsantheils, den dieser Ehegatte erhält, besteht, bestrittene Frage, kann heut zu Tage nicht mehr bestritten werden, weil der Code, ohne die Art des erlittenen Schadens zu unterscheiden, in absoluter Weise erklärt, daß immer Ersatz geleistet werden muß, und zwar schon aus dem Grunde, weil die Gemeinschaft Schulden des angeblich schuldenfreien Ehegatten bezahlt hat (Art. 1513, II).

Der andere Ehetheil hat zu beweisen, daß die von der Gemeinschaft für den angeblich schuldenfreien Ehegatten bezahlten Schulden voreheliche waren; aber es ist billig, selbst gegen die Gewährsmänner, die Beweisführung durch Zeugen oder Urkunden zuzulassen, die vom Ehegatten herrühren, aber kein sicheres Datum haben. Nur muß man hierbei diesen Gewährsmännern die Befugniß vorbehalten, zu beweisen, daß die Urkunde vordatirt oder daß die Schuld erst nach der Trauung entstanden sei. Die Klage kann, sei es von der Frau gegen den Mann oder die Gewährsmänner, sei es vom Manne gegen die Frau, nie vor Auflösung der Gemein-

schaft angestellt werden; dagegen ist der Mann befugt, während der Dauer der Gemeinschaft die zu belangen, welche die Frau für schuldenfrei erklärt haben. Das ist die einzige Ausnahme, und die Gewährsleute selbst können, nachdem sie für die Frau die Entschädigung bezahlt haben, auf sie erst nach Auflösung der Gemeinschaft zurück greifen (Art. 1513, III, Zach. l. c.).

IV. Abschnitt.

Von der schuldenfreien Zurücknahme des weiblichen Beibringens.

81. — Die Frau kann sich das Recht vorbehalten, für den Fall sie auf die Gemeinschaft verzichtet, die von ihr beigebrachte fahrende Habe ganz oder zum Theil an sich zu ziehen.

Das Geding ist nach dem wiederholt aufgestellten Grundsatz stricte zu interpretiren.

Wenn die Frau bezüglich der Sachen, die den Gegenstand des Rechts bilden, ohne nähere Bestimmung gesagt hat, sie behalte sich vor, all ihr Beibringen, oder alle Güter, die sie in die Gemeinschaft geworfen hat, zurückzunehmen, so ist das Geding nur auf die Güter zu beziehen, welche durch den Eheabschluß in die Gemeinschaft fielen. Um auch die darunter zu bringen, welche erst während der Ehe anerfielen, muß der Vertrag wenigstens sagen: alle Güter, welche von Seiten der Frau in die Gemeinschaft gefallen **sein werden**.

Was ferner die Personen anbelangt, so steht das Recht nur denen zu, welche ausweislich des Vertrags dazu gerufen sind. So steht die der Frau stipulirte Befugniß nicht auch deren Kindern, ferner die der Frau und ihren Kindern stipulirte nicht auch den Erben in aufsteigender Linie zu, sowenig bei einer Stipulation für Kinder und Ahnen die Seitenverwandten und bei einer solchen für alle Erben weder die Erbfolger noch die Testamentserben zur Zurücknahme berechtigt sind. Ist das Geding unpersönlich gefaßt und sagt: „Die Zurücknahme darf sich auf die und die Güter erstrecken“, dann haben wir zwei mögliche Bedeutungen, deren eine sehr weit, die andere sehr eng ist; da die erstere zweifelhaft und die letztere allein gewiß ist, so muß man sich an diese halten und das Recht der Frau allein zuscheiden. Das Geding aber, das die Seitenverwandten beruft, umfaßt natürlich auch die Ahnen und Abkömmlinge; diese letzteren sind ferner in der Berufung der Ahnen mitbegriffen; die Berufung der Kinder endlich

umfaßt die Abkömmlinge eines jeden Grades und jeder Qualität. Hinterläßt die Frau neben einem Erben, der zur Zurücknahme berufen ist, auch noch einen Universallegatar, der nicht dazu berufen ist, dann wird das Recht wirksam oder nicht, je nachdem der Erbe in Besitz und Gewähr tritt oder nicht, d. h. je nachdem er Vorbehaltserbe ist oder nicht.

Wenn nun auch das Recht denen nie anerfallen kann, welche durch den Vertrag nicht dazu berufen sind, so kann es doch oft von ihnen ausgeübt werden; denn ist das Recht einmal anerfallen, dann kann es wie jedes andere Recht auf die Rechtsfolger desjenigen übertragen werden, welchem es anerfallen war (Art. 1514, I u. II, 1166; Zach. §. 528).

82. — Da dieses Recht jedoch nur in dem Falle ausgeübt werden kann, wenn die Frau oder ihre Rechtsfolger verzichten, so liegt darin auch nur eine Forderung an den Mann; daraus folgt auf der einen Seite, daß die Güter nicht im Stück verlangt werden können, und auf der andern Seite, daß die Zinsen, wie im gemeinen Rechte, erst vom Tage der gerichtlichen Anforderung an geschuldet werden.

Die Rücknahme findet ferner nur statt mit Abzug eines entsprechenden Theils der Schulden, die von Seiten der Frau in die Gemeinschaft gefallen waren; so daß diese Schulden auf der Frau oder deren Repräsentanten ganz oder zum Theile ruhen, je nachdem die Rücknahme die Gesammtheit oder nur eine pars quota der beigebrachten Fahrnisse betrifft. Diese Verbindlichkeit, Schulden zu übernehmen, tritt dann nicht ein, wenn die Rücknahme nur eine feste Summe oder ein oder mehrere bestimmte Gegenstände betrifft (Art. 1514, III, Zach. l. c.).

V. Abschnitt.

Gedinge, welche die Theilung zur Hälfte modificiren.

83. — Die Regel der Theilung der Gemeinschaft in zwei gleiche Antheile kann auf vier verschiedene Arten modificirt werden.

Es kann festgesetzt werden: — 1. daß, bevor zu der, im Uebrigen gleichheitlichen, Theilung geschritten wird, der eine Ehegatte einen Voraus haben solle; — 2. daß zu ungleichen Theilen getheilt werden solle; — 3. daß der eine Theil mit einer bestimmten Summe für seinen ganzen Anspruch an die Masse abgefunden

werden solle, eine Abfindung in Bausch und Bogen; — 4. daß der Gesammtbetrag der Gemeinschaft eventuell dem und dem Ehegatten zugetheilt werden solle.

I. Vom bedungenen Vorempfang.

84. — Der Vorempfang, oder das, was vorweggenommen wird, ehe man zur Theilung schreitet, kann eine Summe Geldes, Güter im Stück (Fahrnisse, Liegenschaften, oder Fahrnisse und Liegenschaften), oder Geld und Güter im Stück zugleich, oder auch Geld oder Güter nach der Wahl des Berechtigten zum Gegenstand haben. Die Zutheilung von Gütern kann entweder durch Benennung bestimmter Sachen, oder bis zum Betrag einer Summe von so und so viel, oder bis zum so vielten Theil der Gemeinschaft, oder mit allen Gegenständen einer bestimmten Klasse geschehen. Die Wirksamkeit des Gedings kann in diesem letzteren Falle eben so wenig als in den anderen unter dem Vorwande bestritten werden, daß die so zugetheilten Güter von zu hohem Belange seien.

Bezüglich des Ereignisses, mit welchem der Anspruch auf Bezug des Vorempfangs zur Entstehung kommt, kann stipulirt werden, daß derselbe einfach in das Ableben des einen Ehegatten, oder in die aus irgend einem Grunde eingetretene Auflösung der Gemeinschaft gelegt werden solle, und in beiden Fällen kann die Stipulation entweder blos für den einen Ehegatten, oder für diesen Ehegatten und dessen Erben gemacht werden. Hiernach fällt der Vorempfang zu: — 1. entweder dem überlebenden Ehegatten, welcher es auch sei; — 2. oder dem und dem Ehegatten, sofern er den andern überlebt; — 3. oder dem und dem Ehegatten unbedingt, ob er überlebt oder nicht, d. h. diesem Ehegatten und seinen Erben, aber stets nur für den Fall des Ablebens dieses Ehegatten oder seines Ehegenossen; — 4. oder dem und dem Ehegatten bei der aus einem beliebigen Grunde eingetretenen Auflösung der Gemeinschaft; — 5. oder endlich dem und dem Ehegatten und seinen Erben im nämlichen Falle (Art. 1515, I und II, Zach. §. 529).

85. — Ist der Vorempfang einzig auf den Tod des einen Ehegatten stipulirt, und die Gemeinschaft wird durch Ehescheidung [1]) und Güterabsonderung oder durch letztere allein aufgelöst, dann ist der Anspruch auf Bezug des Vorempfangs noch nicht entstanden, und er kann also, wenigstens für jetzt nicht geltend gemacht werden,

---

[1]) Der Kürze wegen statt Trennung von Tisch und Bett gebraucht.

und es wird die Gemeinschaft hälftig getheilt. Handelt es sich um eine Ehescheidung und ist der Vorempfang nicht für den beliebigen, sondern für den und den überlebenden Ehegatten stipulirt, dann verliert dieser seinen Vortheil und die Theilung zur Hälfte wird endgültig, wenn die Scheidung gegen ihn ausgesprochen wird. Wurde die Scheidung gegen den anderen Ehegatten ausgesprochen, oder ist der Vorempfang für den beliebigen überlebenden stipulirt, oder liegt nur eine einfache Vermögensabsonderung vor, dann bleibt der Vorempfang möglich, und der berufene Ehegatte oder jeder Ehegatte behält seine dereinstigen Rechte darauf, und mit dem Tode eines Ehegatten tritt, je nach dem das Recht auf den Vorempfang zur Entstehung kommt oder wegfällt, der Bezug der Hälfte dieses Vorempfangs zu Gunsten des Berechtigten aus dem Vermögen seines Ehegatten ein, oder aber die Theilung zur Hälfte bleibt aufrecht erhalten.

Ist der Vorempfang für den Fall der Auflösung der Gemeinschaft aus beliebigem Grunde stipulirt, dann tritt die definitive Regelung der Rechte immer unmittelbar ein, mag nun die Gemeinschaft durch Ehescheidung, Vermögensabsonderung oder durch den Tod aufgelöst werden (Art. 1518, II und IV, Art. 299, 311, Zach. l. c.).

In dieser ganzen Lehre versteht man unter Ableben sowohl den natürlichen als den bürgerlichen Tod und muß auch hier das Vorableben, wenn der Vorempfang davon abhängt, bewiesen werden, ohne daß es erlaubt wäre, sich auf die Vermuthungen für das Ueberleben zu berufen, welche das Gesetz in der Lehre von den Erbschaften aufgestellt hat (Art. 1517, 25, 720 ff. u. arg. 135, Zach. l. c. Note 5).

86. — Die Frau kann den Vorempfang nur dann beziehen, wenn sie sich der Gemeinschaft theilhaftig macht, weil der Vorempfang eine Wegnahme von den zu vertheilenden Sachen vor der Theilung ist und keine Theilung eintritt, wenn die Frau verzichtet. Die Frau kann sich aber das Recht stipuliren, eine Summe Geldes oder Güter im Stücke an sich zu ziehen, ob sie auf die Gemeinschaft verzichtet oder sie annimmt, und der Code gibt auch diesem Rechte, ungeeigneter Weise, den Namen Vorempfang.

Dieser uneigentliche Vorempfang ist von dem ersten verschieden. Während der wahre Vorempfang nur auf Gemeinschaftsgüter geltend gemacht werden kann, so daß er also nur theilweise getilgt wird, wenn die Gemeinschaft unzureichend und ganz wirkungslos

bleibt, wenn gar keine vorhanden ist, so liegt in dem anderen ein Forderungsrecht, welches stets, die Frau mag annehmen oder verzichten, gegen das Vermögen des Mannes geltend gemacht werden kann. Wenn die Frau, die sich den Vorempfang für den Fall des Ueberlebens, auch wenn sie verzichtet, stipulirt hat, bei der Auflösung der Gütergemeinschaft durch Ehescheidung oder Vermögensabsonderung wirklich verzichtet und dadurch die Gesammtheit der Güter, auf welche sie ihr dereinstiges Recht behält, auf den Mann übergehen läßt, dann kann sie zur Garantie dieses Rechts eine Sicherstellung verlangen, welche ihr das Gesetz in den anderen Fällen nicht gewährt (Art. 1515, III, 1518, III, Zach. l. c.).

Zum Schluß haben wir noch zu bemerken, daß der Vorempfang auf der einen Seite nicht als ein Vortheil angesehen wird, der auf Klage der Vorbehaltserben der Minderung unterworfen ist; und daß er auf der anderen Seite nie gegen die Gläubiger der Gemeinschaft geltend gemacht werden kann, diese können stets auf die Bestandtheile der Gemeinschaft greifen und sie verkaufen lassen. Der berechtigte Ehegatte kann für den Werth seines Vorempfangs auf die anderen Gemeinschaftsgüter bei einem gewöhnlichen Vorempfang, oder auch auf die persönlichen Güter des Mannes greifen, wenn die Frau sich den Vorempfang für den Fall des Verzichts stipulirt hat (Art. 1516 und 1519, Zach. l. c.).

II. Von der Zutheilung ungleicher Theile.

87. — Anstatt die Ungleichheit der Gewinnantheile mittelst eines Vorempfangs zu bewerkstelligen, können die Eheleute dies in der Weise durch eine direkt auf ungleiche Theile gerichtete Uebereinkunft thun, daß sie bestimmen, das Gesellschaftsvermögen soll zu zwei Drittel, drei Viertel ꝛc. auf die eine und zu einem Drittel, einem Viertel ꝛc. auf die andere Seite fallen.

Diese Stipulation kann entweder nur für den Fall des Ablebens des einen Ehegatten, oder für jede Gemeinschaftstheilung gemacht werden; einfach und ohne Bedingungen, oder unter einer oder mehreren Bedingungen, z. B. wenn der und der Ehegatte überlebt und wenn keine Kinder aus der Ehe vorhanden sind; zum Vortheil oder Nachtheil blos des einen Ehegatten, oder dieses Ehegatten und seiner Erben.

In allen Fällen und ohne daß es ausgedrückt zu sein braucht, zieht die Ungleichheit der Antheile am Aktivvermögen eine entsprechende Ungleichheit bezüglich der Schulden nach sich; und jeder

Vertrag, der die Güter auf eine bestimmte Grundlage theilt und die Schulden auf eine andere Grundlage theilen wollte, ist nichtig, und zwar nicht allein in dem Theil, der sich auf die Schulden bezieht, sondern im Ganzen, und die Betheiligten genießen die gemeinrechtliche Theilung zur Hälfte (Art. 1521, Zach. §. 530).

III. Von der Abfindung bei der Gemeinschaft.

88. — Das Abfindungsgeding, d. h. die Klausel, welche dem einen Ehegatten eine bestimmte Summe für seinen ganzen Anspruch an die Gemeinschaft zutheilt, während sie dem anderen die ganze Aktiv- und Passivmasse beläßt, kann entweder unbedingt oder mit einer oder mehreren Bedingungen stipulirt werden, mit Berücksichtigung irgend eines Ehegatten, oder eines bestimmten Ehegatten speciell, mit Berücksichtigung des Ehegatten allein, oder des Ehegatten und seiner Erben, oder der Erben allein, auf den Fall des Ablebens eines Ehegatten, oder den einer jeden Auflösung der Gemeinschaft.

Tritt gegen den Mann (oder dessen Erben) die Abfindung ein, dann ist er gehalten, der Stand der Gemeinschaft mag sein wie er will, die im Vertrag festgesetzte Summe zu zahlen und alle Schulden der Gemeinschaft zu tragen. Die Frau kann nicht als Gemeinschaftsgenossin belangt werden; und geschieht dies, weil sie sich persönlich für die Gemeinschaftsschulden verpflichtet hat, dann zahlt sie solche nur vorbehaltlich ihres Rückgriffs für das Ganze.

Ist aber die Abfindung gegen die Frau (oder deren Erben) stipulirt, dann bleibt ihr, weil sie stets auf die Gemeinschaft verzichten kann, ohne daß ihr irgend ein Vertrag dieses Recht entziehen könnte, die Wahl, entweder die Abfindung zu zahlen, oder, wie bei der gesetzlichen Gemeinschaft, der Aktiv- und Passivmasse durch ihren Verzicht sich zu entschlagen. Wenn sie aber auch sogar in diesem Fall die Befugniß zu verzichten behält, weil es ihr verboten ist, dieselbe je aufzugeben, so steht ihr doch nicht auch der Vortheil zur Seite, für den Fall ihrer Annahme, unter der Voraussetzung der Errichtung eines Inventars, nur bis zum Belauf des Massebestands für die Schulden zu haften. Während das Gesetz ihr ausdrücklich die erste Wohlthat vorbehält, erwähnt es mit keiner Silbe die zweite, deren sich die Frau ungehindert begeben kann, und die ihr auch bei Annahme im Falle eines Abfindungsgedings verloren geht (Art. 1524, 1453, 1483, Zach. l. c., Note 11).

IV. Von der eventuellen Zutheilung der ganzen Gemeinschaft an einen Ehegatten.

89. — Das hier in Frage stehende Geding ist, zum Unterschied von dem vorhergehenden, niemals unbedingt; nur eventuell und unter irgend einer Bedingung kann dem einen Ehegatten die Gesammtgemeinschaftsmasse zugetheilt werden. Das versteht sich von selbst, daß die Zutheilung schon darum eine bedingte ist, weil sie entweder dem überlebenden Ehegatten oder dem bestimmten überlebenden Ehegatten geschieht, indem der Vortheil für den Betreffenden von der Voraussetzung „wenn er überlebt" abhängt.*)

Mit der Zutheilung der ganzen Gemeinschaftsmasse an den einen Ehegatten ist, sofern nicht das Gegentheil stipulirt wurde, den Erben des anderen das Recht gegeben, alle durch diesen, als Beibringen beim Eheabschluß, oder durch Erbschaften und Schenkungen während der Ehe in die Gemeinschaft gekommenen Güter zurück zu nehmen; ebenso wie aber der erstere die Güter der Gemeinschaft nur nach Abzug der von dem anderen Erbtheil herrührenden erhält, ebenso trägt er die Schulden auch nur nach Abzug derjenigen, welche den zurückgenommenen Gütern entsprechen. Es gibt hier noch einen großen Unterschied zwischen Mann und Frau: wenn die Gemeinschaftsmasse in dieser Weise auf den Mann fällt, so kann er die Annahme nicht verweigern, so schlimm es auch mit der Gesellschaftskasse bestellt sein mag, während es der Frau dagegen stets frei gegeben ist, mittelst einer Verzichtleistung dem Vermögen wie den Schulden fremd zu bleiben.

So vortheilhaft auch zuweilen die Zutheilung der Gesammtgemeinschaftsmasse für den Berechtigten sein mag, so ist sie doch ebenso wie die vorhergehenden Gedinge nur ein Vertrag unter Gesellschaftern, und keine Schenkung im gesetzlichen Sinne, die der Minderung durch die gewöhnlichen Vorbehaltsberechtigten unterworfen wäre. Diese Zutheilung kann aber auch ganz füglich auf dem Wege einer wahren Schenkung vor sich gehen, die ein Ehegatte mit seiner Hälfte macht, und diese Schenkung hat, wie jede andere, die Consequenzen einer solchen.

---

*) Damit will nicht gesagt werden, daß eine derartige Zutheilung, wenn sie unbedingt gemacht wird, ungültig ist; darin würde ein Ausschluß der Gütergemeinschaft, und nicht einer der Fälle einer bedungenen Gemeinschaft, womit wir es allein zu thun haben, liegen.

So ausgedehnt die Wirkung des vorliegenden Gedings sein mag, so können die Ehegatten, wie es ihnen freisteht, solche zu beschränken, sie auch noch mehr ausdehnen. Sie können bestimmen, daß der überlebende Ehegatte die ganze Gemeinschaft einschließlich der Güter, die vom zuerst Verstorbenen herrühren, erhalten soll; da sie aber hier die Gränzen überschreiten, innerhalb deren das Gesetz die Stipulation ihrer Eigenschaft als Schenkung entkleidet hat, so liegt eine Freigebigkeit vor, die nach den gewöhnlichen Regeln gemindert werden kann (Art. 1525, 1453, 1483, 1496, 1514, 1527; Zach. l. c.).

Allgemeine Bemerkung.

90. — Am Ende des ersten Kapitels haben wir gesehen, daß wenn auch die Vortheile, welche ein Ehegatte dem anderen durch Errichtung der gesetzlichen Gütergemeinschaft verschafft, durch die Vorbehaltserben dieses Ehegatten nicht gemindert werden können, dies doch durch Kinder aus einer früheren Ehe geschehen kann. Gerade so verhält es sich nun auch bei den Stipulationen, welche eine bedungene Gemeinschaft begründen, und wir haben hier die unter Nr. 65 aufgeführten Regeln anzuwenden.

Zum Schlusse wollen wir noch darauf hindeuten, daß, wenn auch die verschiedenen in diesem Kapitel erläuterten Stipulationen die einzigen sind, die gewöhnlich vorkommen, sie doch nicht die einzigen erlaubten sind, die Ehegatten haben vollkommen freie Hand, die gesetzliche Gemeinschaft zu modificiren, wie es ihnen beliebt. Von selbst versteht sich auch, daß an dem Punkt, wo die Modifikationen des gemeinen Rechts aufhören, dieses gemeine Recht seine Herrschaft wieder gewinnt (Art. 1527, 1528, 1098, 1387, 1496; Zach. §. 690).

Zweiter Theil.

Von den Güterrechtsarten ohne Gemeinschaft.

91. — Man unterscheidet hier drei Güterrechtsarten, bei denen jegliche Gütergemeinschaft unter den Ehegatten ausgeschlossen ist: — 1. den unbedingten Ausschluß jeder Gemeinschaft; — 2. die Gütersonderung; — 3. das Dotalrecht.

Erstes Kapitel.

Von der Güterrechtsart, welche die Gemeinschaft ausschließt.

92. — Wenn die Brautleute, ohne in ihrem Heirathsvertrag das Dotalrecht oder die Gütersonderung zu stipuliren, erklären, sie wollen nicht in Gütergemeinschaft leben, so entsteht daraus eine besondere Güterrechtsnorm, bei der der Ehemann, als das Oberhaupt, allein allen Ertrag zieht, allein alle Güter verwaltet und allein die Last auf sich hat, für die Bedürfnisse der Haushaltung zu sorgen.

Der Mann behält hier den Genuß aller seiner Güter und den ganzen Gewinn aus seiner Geschäftsthätigkeit, welcher Art diese auch sein mag, und wird dabei noch der Nutznießer aller eheweiblichen Güter; ihm gehören allein die Miethzinse der Häuser, die Pachtgelter oder Ernten der Landgüter und die Früchte aller Art von den gewöhnlichen Gütern der Frau, sondern auch den gewöhnlichen Gewinn aus deren Gewerbfleiß, weil dieser auch zu den Früchten, dem Ertrage gehört, deren Producent, deren Kapital die Arbeit der Frau ist. Mit Unrecht betrachtet man die Erzeugnisse der Kunst, Wissenschaft oder Literatur, welche die Frau hervorbringt, als ein Kapital, wovon das Eigenthum der Frau bleiben solle, während der Mann nur den Genuß daran fordern könne; denn es sind das nur Früchte, welche Talent und Industrie erzeugt und immer wieder erzeugt, wie die gewöhnlichen Früchte aus dem materiellen Gut, das sie producirt, entstehen und wieder entstehen (Art. 1530—1532, II. Zach. §. 531).

Der Mann bezieht also alle Früchte, welche von der Frau herkommen, und zwar nicht als deren Mandatar, wie zuweilen behauptet wird, sondern kraft seines eigenen Rechts, jure mariti, so daß, wenn den Lasten der Nutznießung Genüge gethan und den Bedürfnissen der Haushaltung abgeholfen ist, ihm der Rest der Früchte gehört und ihm auch aller Erwerb, den er mit dem Ueberschusse macht, als persönliches Eigenthum verbleibt. Das Vermögen der Frau kann sich zwar durch Erbschaften oder Schenkungen (oder auch durch die Entdeckung eines Schatzes) vermehren, sie kann sich aber mit anderen Geldern als den Kapitalien, die ihr schon gehören, nichts kaufen. Wird also eine Erwerbung im Namen der Frau gemacht, von der die Erben des Mannes behaupten, sie sei eine fraudulöse Freigebigkeit desselben, und die Frau weist nicht nach, daß die Zahlung mit ihrem eigenen Gelde geleistet

worden sei, dann kann sie möglicher Weise zum Rückersatz verurtheilt werden: unbedingt widerfährt ihr dies nicht, weil der Code die gesetzliche Vermuthung für die Freigebigkeit, die nach dem früheren Rechte in diesem Falle galt, nicht aufgenommen hat; es wird ihr aber widerfahren, wenn die Umstände dem Richter darthun, daß der Erwerb mit Geldern des Ehemannes gemacht worden ist (Art. 1532, II; Zach. l. c.).

93. — Der Mann ist hier, wie bei der Gütergemeinschaft, der Verwalter aller fahrenden und liegenden Habe der Frau. Er stellt alle Klagen auf Fahrnisse, sogar die petitorischen, und alle possessorischen Klagen an, die Liegenschaften betreffen, nicht aber auch die petitorischen Klagen auf Liegenschaften.

Der Mann erhält alle Fahrnisse der Frau mit der Verpflichtung, solche bei Auflösung der Ehe oder bei etwa ergehendem Scheidungsurtheil zurückzugeben. Diejenigen, welche durch den Gebrauch aufgebraucht werden, müssen im Ehevertrage oder in dem Inventar, das bei dem Empfang aufgenommen wird, geschätzt werden. Bei den anderen findet keine Abschätzung statt; das Inventar muß aber stets errichtet werden, weil dieses Inventar, zum Unterschied von der Sicherheitsleistung von jedem Nutznießer, sogar vom Vater in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Nutznießer gefordert wird. Am Schlusse der ehemännlichen Nutznießung ersetzt der Mann den Schätzungspreis der verbrauchten Sachen und gibt die anderen im Stücke und in dem Zustande zurück, in dem sie sich befinden, nur dürfen sie nicht durch sein Verschulden verschlimmert worden sein. Waren die verbrauchbaren Sachen nicht abgeschätzt worden, so werden sie jetzt abgeschätzt, indem man nöthigen Falls zu dem Zeugenbeweis oder dem gemeinen Rufe seine Zuflucht nimmt; und die Frau kann sich dieser Beweismittel auch bedienen, um den Bestand der nicht verbrauchbaren Sachen darzuthun, wenn der Mann es versäumt hatte, sie inventarisiren zu lassen (Art. 1532, III, 600, 601, 1550, 1428; Zach. l. c.).

94. — So gut als hier alle Güter eines jeden Ehegatten demselben eigen bleiben, ebenso gut bleiben ihm auch alle Schulden eigen und die Gläubiger des einen können nicht auf das greifen, was dem andern gehört. Die Gläubiger des Mannes können nur auf die Güter des Mannes und die der Frau nur auf das nackte Eigenthum der Güter derselben greifen (Art. 1499, 1510).

Mit Unrecht verleihen einige Schriftsteller den Gläubigern der Frau, unter der Voraussetzung, daß deren Schuldurkunden ein ge-

wisses voreheliches Datum haben, das Recht, auf das volle Eigenthum der Güter ihrer Schuldnerin zu greifen; denn durch die Ehe wurde die Nutznießung an diesen Gütern dem Manne übertragen, diese Nutznießung ist also nicht mehr in dem Vermögen der Frau und die Gläubiger können (insofern sie weder Vorzugs- noch Unterpfandrecht haben) nur dann darauf greifen, wenn sie durch Anstellung der Actio Pauliana, die Bestellung der Nutznießung wegen Gefährden annuliren lassen (Art. 1532, IV, 1167, Zach. l. c.).

Der Mann, als Nutznießer der Güter der Frau, ist außer seiner Verbindlichkeit, für die Bedürfnisse der Haushaltung zu sorgen, noch ferner gehalten, bei allen Gütern die gewöhnlichen Nutznießungslasten auf sich zu nehmen (Art. 1533, Zach. l. c.).

95. — Obgleich der Genuß und die Verwaltung der Güter der Frau dem Manne gehören, so kann doch im Ehevertrag bedungen werden, daß die Frau für sich und gegen ihre Quittung einen gewissen Theil ihrer Einkünfte beziehen solle, der ihr dann unmittelbar zur Verfügung steht, ohne daß sie genöthigt wäre, jedes Mal, wenn das Bedürfniß eintritt, den Mann darum angehen zu müssen. Der Mann bleibt trotz dem der Verwalter des Guts, aus welchem diese Einkünfte bezogen werden, und ihm gehört stets der Ueberschuß davon und die Erwerbungen, die damit gemacht werden. Zwar kann das Gegentheil bedungen werden: der Vertrag kann der Frau die Verwaltung und den Genuß eines Theils ihrer Güter vorbehalten, deren Ertrag ihr dann eigen bleibt und der in Erwerbungen, die ihr gehören, angelegt werden kann; damit hätten wir aber eine Verbindung des Ausschlusses der Gemeinschaft und der Gütersonderung, während das Geding, wovon hier die Rede ist, die Güterrechtsnorm, bei der die Gemeinschaft ausgeschlossen ist, gar nicht modificirt (Art 1534, I.).

Wenn die Güter der Frau hierbei auch der Nutznießung des Mannes unterworfen sind, wie dies mit den Dotalgütern der Fall ist, so sind sie doch nicht in der gleichen Stellung wie diese. So können sie, trotz entgegen gesetzter Ansicht mehrerer Autoren, nicht unveräußerlich gemacht werden, sogar nicht durch ein specielles Vertragsgeding, weil die Unveräußerlichkeit eines Gutes nur durch ausdrückliche Unterwerfung unter das Dotalrecht eintreten kann; der Mann hat bezüglich ihrer nicht die petitorischen Immobiliarklagen: ihm steht am Ende seiner Nutznießung nicht das Recht zu, diejenigen dieser Güter, welche nicht im Stück zurückgegeben werden können, erst nach Jahresfrist zurück geben zu dürfen: mit einem

Worte, hier müssen die allgemeinen Rechtsgrundsätze und nicht die besonderen Regeln des Dotalrechts in Anwendung kommen (Art. 1535, II u. 1530, I, 1554; Zach. l. c.).

Zweites Kapitel.

Von dem Geding der Gütersonderung.

96. — Die Gütersonderung, die (mittelst eines Urtheils), wie wir gesehen haben, an die Stelle der Gütergemeinschaft oder des Ausschlusses der Gemeinschaft und auch, wie wir später sehen werden, mit dem Dotalrecht in Verbindung treten kann, ist eines von den Gedingen, welche die Ehegatten in ihrem Ehevertrage annehmen können.

Anstatt Eheleuten, die mit ihren Personen zugleich auch ihre Güter gemeinschaftlich machen, oder solchen, bei denen die Frau mit ihrer Person wenigstens auch die Verwaltung und den Genuß ihres Vermögens überliefert, bietet die Gütersonderung den befremdenden und widersprechenden Anblick von Individuen, die sich, was ihre Güter anbelangt, fremd bleiben, zum Trotze der innigen Verbindung, die sie für ihre Person eingehen. Hier bleiben die Ehegatten bezüglich ihres Vermögens vollständig unabhängig, vorbehaltlich der zwei Punkte: — 1. daß die Frau ihre Liegenschaften nicht ohne ehemännliche oder gerichtliche Ermächtigung veräußern kann; — 2. daß sie ihren Theil zu den Kosten der Haushaltung beitragen muß. Wo dieser Theil nicht in dem Vertrage bestimmt ist, beträgt er, zum Unterschiede von der gerichtlichen Absonderung (bei welcher beide Ehegatten nach Verhältniß des Betrags ihres Vermögens beisteuern) ein Drittel der Einkünfte der Frau. Von selbst versteht sich aber, daß da, wo dieser beizutragende Theil, mit der Gesammtheit der Einkünfte und des Erwerbs des Mannes zusammen für die Bedürfnisse der Haushaltung nicht ausreicht, die Frau, nach den Grundsätzen, die im Titel von der Ehe aufgestellt sind, noch weitere Beiträge leisten muß. Von selbst versteht es sich ferner, daß die Eheleute sich bezüglich ihrer Schulden ebenso fremd bleiben, als sie es mit ihrem Vermögen sind; und die Gläubiger des einen können hier nicht, wie bei der einfachen Gütersonderung, den Mangel eines Inventars für sich geltend machen, um auf das Mobiliar beider Eheleute zu greifen, weil hier das beiderseitige Fahrnißvermögen nicht in dem Besitze des Mannes zusammengefallen ist, sondern in gesetzlichem Sinne so getrennt bleibt, wie das Fahr-

nißvermögen zweier Freunde, die in einem Hause zusammen wohnen, getrennt bleibt (Art. 1537, 1536, 1448, Zach. §. 532).

97. — Die Gütersonderung, sie mag bedungen oder gerichtlich sein, so wie auch (beim Dotalrecht) die Paraphernaleigenschaft der Güter, die nichts anderes als die Gütersonderung unter einem andern Namen ist, geben der Frau die freie und vollständige Verwaltung ihrer Güter und als Folge das Recht, ihre fahrende Habe zu veräußern, ohne daß sie dazu einer ehemännlichen oder gerichtlichen Ermächtigung bedürfte.

Wir sagen, als Folge des ihr zustehenden Rechts der Verwaltung hat die in Gütern abgesonderte oder mit Paraphernalgütern versehene Frau das Recht, über ihre fahrende Habe zu verfügen und sie zu veräußern. Ursprünglich wurde das Gegentheil behauptet, und der höchste Gerichtshof selbst hatte das Recht der Frau, ihr Fahrnißvermögen zu veräußern und somit auch ihr Fahrnißvermögen zu verpflichten, für verschieden und unabhängig von ihrem Rechte der Verwaltung betrachtet. Jetzt hat man aber eingesehen, daß, da der Art. 217 als allgemeinen und ausdrücklich auf die in Gütern gesonderte, wie auf jede andere Ehefrau anzuwendenden Grundsatz, deren Unfähigkeit zu veräußern und mithin sich ohne Ermächtigung zu verpflichten, aufstellt, die hier dieser Frau gegebene Befugniß nur eine Ausnahme ist, die als solche stricte interpretirt werden muß und keine andere Tragweite haben kann als die, welche sich aus den Umständen, unter welchen sie gegeben ist, d. h. aus den Bedürfnissen der Verwaltung, die die Frau auf sich hat, ergibt. Dieser Satz ist jetzt von der Gesammtheit der Autoren und dem konstanten Gerichtsgebrauch des höchsten Gerichtshofs anerkannt. — Das steht also fest, daß die Frau nur im Interesse ihrer Verwaltung ihre Fahrnisse ohne Ermächtigung veräußern oder sich bis zum Belaufe des Werthes derselben verpflichten kann: und auch das steht fest, trotz der entgegengesetzten aber nicht unterstützten Ansicht eines Autors, daß die Frau niemals frei über das Ganze oder einen Theil ihres Fahrnißvermögens durch Schenkung verfügen kann, weil eine Schenkung kein Akt der Verwaltung ist. Zach. §. 516 Note 54.

Kann man daraus, wenn die Frau eine ohne Ermächtigung eingegangene Verbindlichkeit im Interesse ihrer Verwaltung und in den Gränzen des Belaufs ihres Fahrnißvermögens übernommen hat, so daß solche vollgültig ist, schließen, wie von manchen Seiten geschieht, daß wegen dieser Verbindlichkeit nicht allein auf das Fahr-

nißvermögen der Frau und die Einkünfte ihrer liegenden Habe, welche auch fahrende Güter sind, sondern auch auf das Eigenthum ihrer Liegenschaften greifen kann? Durchaus nicht, und man kann dafür auch nicht den Grundsatz des Art. 2092, daß eine gültig eingegangene Verpflichtung auf alle Güter des Schuldners verfolgt werden kann, geltend machen. Denn dieser Grundsatz hat eine Verpflichtung im Auge, die von einer Person ausgeht, die vollständig fähig ist, sich verbindlich zu machen, während die Frau, um die es sich hier handelt, zwar vollständig fähig ist, sich ohne Ermächtigung für alle ihre fahrenden Güter zu verpflichten, aber unfähig bleibt, dies auch für ihre Liegenschaften zu thun, so daß also ihre Verpflichtung nur für jene nicht aber auch für diese gültig ist. Diese Frage kann keine Zweifel bieten, weil gerade die nämliche Gesetzesstelle, welche hier die ausnahmsweise Fähigkeit der Frau bezüglich der Fahrnisse ausspricht, ausdrücklich deren Unfähigkeit bezüglich der Liegenschaften aufrecht erhält (Zach. §. 516 Note 63).

Der Ansicht, daß diese Regeln, obgleich sie im Code nur bei Gelegenheit der gerichtlichen Absonderung aufgestellt sind, auch auf die bedungene Absonderung (mithin auch auf Paraphernalgüter) Anwendung finden, müssen wir bei der Identität der Sachlage und darum, trotz der Zweifel einiger Rechtsgelehrten, unbedingt beipflichten, weil der Art. 1538 einer vertragsweise abgesonderten Frau nur bei Liegenschaften die Fähigkeit, ohne Ermächtigung zu veräußern, versagt (Art. 1449, III u. IV, 1536—1539. S. auch Art. 1395. Zach. §. 532).

98. — Da bei der Gütersonderung die Frau die freie Verwaltung ihrer fahrenden Habe und folglich auch ihrer Kapitalien hat, die sie anlegen kann wann und wie sie es für gut findet, so ist der Mann der Regel nach für Unterlassung der Anlage von Summen, die der Frau aus dem Verkauf ihrer Liegenschaften zufließen, nicht verantwortlich. Von dieser Regel treten aber Ausnahmen ein: — 1. wenn nachgewiesen wird, daß der Mann den Kaufpreis erhalten hat, oder daß der Kaufpreis zu seinem Vortheil angelegt worden ist; — 2. so oft der Mann, der Verkauf mag mit seiner oder nur mit gerichtlicher Ermächtigung geschehen sein, entweder bei dem Verkaufsakte, wo Baarzahlung geleistet wurde, oder bei der Quittirung, wo später gezahlt wurde, gegenwärtig war, weil dann das Gesetz, bei dem Zustande der Abhängigkeit der Frau, präsumirt, daß der Mann das Geld eingezogen habe. Jedoch muß die Präsumtion dann wirkungslos werden, wenn der

Mann nachweist, daß trotz seines Mitwirkens bei dem Akte die Frau doch das Geld eingezogen und darüber verfügt hat. Wenn hiernach der Mann auch in gewissen Fällen für Unterlassung der Anlage einstehen muß, so haftet er doch nie dafür, wenn die Frau das Geld unvortheilhaft angelegt hat, weil diese freie Hand hat, zu verwalten, wie es ihr gut dünkt (Art. 1450, I u. II, Zach. §. 516).

Diese Regel über die Verantwortlichkeit des Mannes ist im Code nur für den Fall der gerichtlichen Absonderung aufgestellt; man muß sie aber, wie allgemein geschieht, auch für die bedungene Absonderung und für Paraphernalgüter anwendbar halten. Die Frau steht in der That in diesen beiden Fällen nicht weniger unter dem Einflusse des Mannes. Es ist dies sogar noch mehr der Fall, weil bei ihr nicht die Motive des Mißtrauens vorwalten, welche die Frau haben muß, die sich genöthigt sah, auf gerichtliche Absonderung zu klagen (Art. 1450, I u. II, Zach. l. c. Note 61).

99. — Wenn die Frau dem Manne, ohne ausdrücklichen Auftrag gegeben zu haben, oder in Folge eines Auftrags, in dem die Verpflichtung zur Rechnungsablage nicht enthalten ist, die Verwaltung und den Genuß ihrer Güter überläßt, dann kann sie am Ende dieses Genusses nur die zu diesem Zeitpunkt vorhandenen Früchte ansprechen; von denen, welche verzehrt worden sind, wird angenommen, weil die Frau keine Einsprache erhoben hat, daß sie so angelegt worden sind, wie sie angelegt werden sollten. Anders würde es sich jedoch verhalten, wenn der Mann auf Grund eines Auftrags, der ihn zur Rechnungsablage verpflichtet, verwaltet hätte. Begreiflicher Weise ist er auch dann zur Rechnungsablage verpflichtet, wenn er gegen den Willen und trotz der Einsprache der Frau den Genuß an sich gerissen oder fortgesetzt hat (Art. 1539, 1577 bis 1580, Zach. §. 516, Note 47 ff.).

Drittes Kapitel.

Von dem Dotalrechte.

100. — Das Dotalrecht bietet bezüglich der Güter des Mannes nichts Besonderes, es läßt sie nur außer der Gemeinschaft, wie der Ausschluß der Gemeinschaft und die Gütersonderung; bezüglich der Güter der Frau aber stellt es ganz eigene Regeln auf. Diese Güter zerfallen hier in Dotal- und Pharaphernalgüter, und während für die letzteren ebenso wenig etwas Besonderes gilt, weil sie in der gleichen Stellung sind, wie die einer in den Gütern

gesonderten Frau (Art. 1574—1580), stehen dagegen die Dotalgüter unter einem ganz absonderlichen, bizarren System, das, als trauriges Vermächtniß der Sitten des byzantinischen Kaiserreichs, überall mit unseren modernen Sitten, den weisesten Grundsätzen unserer nationalen und christlichen Gesetzgebung und sogar den heiligsten Regeln der Moral und Billigkeit im Widerspruche steht.

Die so spitzfindigen und hervorstehenden Kennzeichen der Dotalgüter sind auf der einen Seite das exorbitante Recht, ein jus sui generis, das dem Ehemanne bezüglich der Verwaltung dieser Güter, deren Genuß ihm außerdem zusteht, übertragen ist; auf der andern Seite und hauptsächlich ist es die Unveräußerlichkeit und Unverjährbarkeit der Dotalliegenschaften, ein Privilegium, das nicht einmal den Gütern der Gemeinden oder des Staats zusteht, und das hierin reine Privatgegenstände den Gegenständen des öffentlichen Eigenthums gleich stellt.

Im ersten Abschnitt werden wir sehen, wie die Güter der Frau zu Dotalgütern gemacht werden, im zweiten sprechen wir dann von den Rechten des Mannes bezüglich der Verwaltung und des Genusses, dann im dritten und letzten von der Unveräußerlichkeit und Unverjährbarkeit der Dotalgüter.

I. Abschnitt.

Von der Bestellung der Dotalgüter.

101. — Güter können nur unter den folgenden zwei Voraussetzungen Dotalgüter werden: — 1. müssen die Ehegatten ihren Willen, sich dem Dotalrechte zu unterwerfen, ausdrücklich erklären; — 2. müssen diese Güter der Ehefrau als dos ausgesetzt werden. Liegt nur eine Erklärung vor, daß man sich dem Dotalrechte unterwerfen wolle, ohne daß eine dos bestellt wird, dann hat die Frau nur Paraphernalgüter, sie steht unter einem Dotalrechte, das es nur dem Namen nach ist, und sie lebt, trotz der Verschiedenheit der Benennung, in Wirklichkeit in Gütersonderung; wird eine dos bestellt ohne ausdrückliche Adoption des Dotalrechts, dann liegt diese Güternorm nicht vor und die ausgesetzte dos ist nichts als ein Heirathsgut dem gewöhnlichen Sinne und dem Gattungsbegriffe nach, und nicht eine solche in der strengen Bedeutung, mit der wir es hier zu thun haben.

102. — Das erste Erforderniß unterscheidet sich von dem zweiten darin, daß es durchaus einen deutlichen Ausdruck des Willens

des Ehegattens verlangt; wenn dieser Ausdruck aber auch ein deutlicher sein muß, so sind dazu doch keine verba sacramentalia erforderlich. Obgleich z. B. der sicherste und zugleich einfachste Weg der ist, wenn die Ehegatten sagen, sie adoptiren das Dotalrecht, so muß man doch anerkennen, daß diesem Erfordernisse hinreichend Genüge geschehen ist, wenn die Ehegatten (indem sie die beiden Vorschriften des Gesetzes getrennt oder zu gleicher Zeit und im nämlichen Satze erfüllen) sagen, daß sie sich der Dotalität unterwerfen, oder daß entweder alle Güter der Frau, oder einige bestimmt bezeichneten Güter derselben der Dotalität unterliegen oder Dotalqualität haben, oder durch die Art. 1549 und 1554 des Code Napoleon regiert werden sollen, oder daß die und die Güter zur dos ausgesetzt werden, somit unveräußerlich sind rc. Trotz des Widerspruchs vieler Juristen kann man nicht läugnen, daß hier keine ausdrückliche und deutliche (d. h. ausgedrückte, rechtsförmliche, und nicht blos zu folgernde) Erklärung des Willens, dem Dotalrechte zu folgen, vorliegt. Wenn man auf der anderen Seite mit einem Autoren behaupten wollte, der Ausdruck Dotalgüter, selbst wenn er im Gegensatze von dem von Paraphernalgütern gebraucht wird, habe keinen eigentlichen Werth, weil er eben genau genommen nur **als dos** ausgesetzte Güter bedeute und die dos unter allen Güternormen vorkomme, dann müßte man auch sagen, daß der Ausdruck Dotalrecht selbst nicht genüge, weil er genau genommen eben nur das Güterrecht bedeutet, **unter welchen eine dos vorkommt** und es in jeder Güterrechtsart eine dos gibt.

Dem zweiten Erfordernisse, daß nämlich die Güter zur dos ausgesetzt werden müssen, kann auf zweierlei Art Genüge geleistet werden. — Als dos bestellt gelten zunächst alle die Güter, die die Frau als dos beizubringen in irgend einer Weise erklärt. Die Frau kann z. B. sagen, sie setze sich die und die Güter aus, oder diese Güter sollen ihre Dotalgüter sein, oder blos sie bringe sie ihrem Manne zu, oder sie gebe sich mit den nämlichen Gütern dem Manne (denn da die dos hier, wie unter jedem anderen Gütterrechte, das ist, was die Frau dem Manu zur Tragung der ehelichen Lasten überliefert, so sagt eine Frau, die den Ausdruck gebraucht, sie bringe dem Manne ein Gut zu, damit sie mache dasselbe zum Dotalgut); sie kann ihre Absicht auch nur implicite dadurch ausdrücken, daß sie die Güter bezeichnet,

welche Paraphernalgüter sein sollen, wodurch die anderen Güter für Dotalgüter erklärt sind; mit einem Worte, so wie der Vertrag irgend wie den Willen der Frau ausdrückt, die und die Güter als Dotalgüter zu haben, sind diese Güter auch zur dos ausgesetzt. — Ferner gelten, ohne daß es einer Erklärung in dieser Richtung bedürfte, sofern nur keine entgegengesetzte Willensäußerung vorliegt, die Güter für zur dos ausgesetzt, die der Frau im Ehevertrage von Verwandten oder Fremden geschenkt werden. Hat der Mann der Frau eine Schenkung gemacht, dann kann man unmöglich annehmen, daß das Gut kraft Gesetzes als ein dem Manne zugebrachtes angesehen werden müsse (weil dieser sich ja gerade desselben beraubt, um seiner Frau einen Vortheil zuzuwenden) und kann somit hier nicht die nämliche Regel anwenden, und das Gut kann, trotz des Widerspruchs mehrerer Autoren, nur dann zum Dotalgut werden, wenn sich der Wille, es dazu zu machen, geoffenbart hat (Art. 1392, III und 1541, 1574, Zach. §. 533, 534).

103. — Da die Bestellung der dos ein Geding ist, das im Verhältniß zum gemeinen Rechte ganz außerordentliche Wirkungen erzeugt, so muß es stricte interpretirt werden. Wenn z. B. die Frau alle ihre Güter aussetzt, so ist das nur von ihren gegenwärtigen, nicht aber auch zukünftigen zu verstehen. Setzt die Frau den noch unabgetheilten Antheil, der ihr an einer Liegenschaft zusteht, zur dos aus, so hat dies nur für diesen Antheil Wirkung, sollte ihr auch in der Folge die ganze Liegenschaft zugetheilt werden. Anders verhält es sich ohne Zweifel, wenn die Frau entweder alle ihre Güter oder ihr noch unbestimmtes Recht in dem Umfang aussetzt, in welchem es ihr an der Liegenschaft seiner Zeit zustehen wird: zur dos gehört alsdann entweder die Gesammtheit, oder ein Theil, oder Nichts, je nach dem Resultat der Theilung. Hat sie aber nur ihren Antheil ausgesetzt, dann lauft die dos auf der einen Seite die Gefahr, Nichts zu bekommen, während sie auf der andern Seite die entsprechende Aussicht, die ganze Liegenschaft zu erhalten, nicht hat.

Von selbst versteht es sich jedoch, daß jede allgemeine Aussetzung, sei es aller gegenwärtigen oder künftigen Güter, oder einer pars quota der gegenwärtigen oder künftigen Güter, nur unter Abzug eines entsprechenden Theils der Schulden zu Recht besteht. Von selbst versteht es sich auch, daß die dos so gut auf Ziel oder unter einer Bedingung als unbedingt versprochen werden kann und daß man ihren Gegenstand ebenso gut dem Ermessen eines Dritten

anheim geben kann, als man ihn alternativ oder facultativ bezeichnen könnte. Auf der Hand liegt es ferner (wenn auch ein bedeutender Autor anderer Ansicht zu sein scheint), daß die Privatindustrie der Frau, wie jedes andere Gut nur dann ein dotales wird, wenn sie dazu ausgesetzt worden ist; anders verhält es sich freilich mit Geschäften, wodurch sie dem Mann in seinen Arbeiten nur hilft und ihm beisteht; wenn es sich aber um ihre persönliche Industrie handelt, dann handelt es sich um ihr Sondergut, dessen Ertrag ihr Paraphernalgut ist, sofern er nicht zur dos ausgesetzt ist (Art. 1540 und 1542).

104. — In Folge des Grundsatzes der Unveränderlichkeit der Eheverträge, können die Ehegatten nach Abschluß der Ehe die dos weder vermehren noch vermindern. Damit will jedoch nicht gesagt sein, daß die dos nicht zu- oder abnehmen könne, denn das tritt häufig unabhängig von dem Willen der Ehegatten ein; diese aber können mit Rechtswirksamkeit keinen Vertrag abschließen, der darauf abzielt, ein Gut zum Dotalgut zu machen, das es nach dem Ehevertrage nicht werden kann und umgekehrt (Art. 1395, 1543).

In diesem Falle hat sich die Frage aufgeworfen, ob die Bedingung, daß das geschenkte Gut Dotalgut werden solle, bei einer Schenkung zu Recht bestehe, die einer Frau gemacht wird, die sich ihre künftigen Güter nicht ausgesetzt hat und umgekehrt, ob einer Frau unter der Bedingung, daß die Güter Paraphernalgut sein sollen, Schenkungen gemacht werden können, wenn deren künftige Güter zur dos ausgesetzt sind. ... Wenn die Ehegatten durch den Ehevertrag insoweit gebunden werden, daß ihnen alles das untersagt ist, was mit diesem System in Widerspruch steht, so sind doch Dritte dadurch nicht ebenso gebunden, wie dies die Art. 1401 und 1405 beweisen, die dem Geschenkgeber gestatten, dem beschenkten Ehegatten Güter zu Sondergütern zu machen, die nach dem Ehevertrag in die Gemeinschaft fallen müßten und umgekehrt. Bei der vorliegenden Frage kommt also alles darauf an, ob die zwei erwähnten Bedingungen der öffentlichen Ordnung zuwider sind und als solche für nicht beigefügt angesehen werden müssen.

Bezüglich der erst erwähnten Bedingung kann die verneinende Antwort keinem Zweifel unterliegen: es ist einleuchtend und von Jedermann anerkannt, daß man die Dotaleigenschaft nur in einem Ehevertrag stipuliren kann. Und wenn der Schenkgeber das Gut nicht zum Dotalgut machen kann, so kann er es natürlich ebenso wenig unveräußerlich machen. Es ist unbegreiflich, wie ein Autor

das Gegentheil schreiben konnte, denn wenn auch die Vereinbarungsfreiheit, welche in Art. 1387 und 1497 für Eheverträge gegeben ist, gestatten würde (was aber nicht der Fall ist, wie wir gesehen haben), die Unveräußerlichkeit ohne Dotalqualität zu stipuliren, so könnte diese Unveräußerlichkeit doch eben immer nur im Ehevertrage stipulirt werden. — Die Frage wegen der zweiten Bedingung könnte etwas kitzeliger scheinen; man muß sich aber doch dafür entscheiden, daß diese Bedingung zu respektiren ist (sofern es sich nicht um Güter handelt, die einen Theil des Vorbehalts der beschenkten Frau bilden). Was widerstreitet denn das der öffentlichen Ordnung, wenn eine Frau, deren ganzes Vermögen dem Ehevertrage nach Dotalgut sein soll, noch außer diesem Vermögen durch die Freigebigkeit eines Dritten ein Paraphernalgut besitzt? Einige Juristen sind der Ansicht, daß es, da das Geld der Grund alles Verderbnisses namentlich für Frauen sei, den guten Sitten widerstreite, der Frau, die ihrem Ehevertrage nach keine Verfügung über gewisse Einkünfte hat und die der Mann vielleicht nur in dem Gedanken heirathete, daß sie nie eine solche haben solle, diese zu verschaffen. Aber abgesehen davon, daß diese mögliche Absicht des Mannes sicherlich nur eine seltene Ausnahme ist und darum nicht als Grundlage einer generellen Fraglösung dienen kann, muß man noch weiter gehen und sagen, daß diese Absicht sogar in dem Falle wirkungslos ist, wo sie in dem Vertrage ausdrücklich niedergeschrieben wurde. Nur das Gesetz und nicht auch der Wille des Menschen kann die Unfähigkeit, etwas zu bekommen, aussprechen, und somit kann der Mann ebenso wenig stipuliren, seine Frau solle unfähig sein, Sondereinkünfte zu haben, als er stipuliren kann, sie solle unfähig sein, ein Vermögen über einen bestimmten Betrag hinaus zu besitzen. Wenn die Annahme einer der Frau gebotenen Schenkung Gefahr droht, dann steht dem Manne das Recht zu, seine Ermächtigung zu verweigern, um schließlich die Gründe seiner Weigerung vor Gericht auseinander zu setzen, das dann die Frage zu entscheiden hat. Hiernach erklärt der Gerichtsgebrauch und die Mehrzahl der Schriftsteller mit Recht die vorliegende Bedingung für gültig (Art. 1543, II und III, Zach. §. 534).

105. — Unter der Rubrik von der Bestellung der dos beschäftigt sich der Code auch mit der Bestellung einer beliebigen Ehesteuer, sofern solche von Eltern ausgeht, die in einer Dotalehe leben.

Der Ehemann in Dotalehe, der allein im Ehevertrage seines Kindes redend auftritt, verpflichtet selbst in dem Falle nur sich

allein, wenn er erklärt: er gebe die Ausstattung für sich und seine Frau, mag diese auch zugegen sein und mit unterzeichnen. Der Mann hat hier nicht, wie wenn er in der Gütergemeinschaft und als Haupt dieser Gemeinschaft auftritt, das Recht, im Namen seiner Frau zu sprechen, deren Gegenwart und Unterschrift sich hinlänglich aus dem ganz nahe liegenden Gedanken erklären, daß sie den Ehevertrag ihres Kindes honoriren wollte. Von selbst versteht sich, daß, wenn beide Ehegatten redend auftreten, sie sich beide verbindlich machen, und zwar entweder für den Antheil, den sie angeben, oder, wo keine solche Angabe vorliegt, je zur Hälfte (Art. 1544, Zach. l. c.).

Wenn der Ehegatte, der die Ausstattung verspricht, Güter, die dem Kinde gehören, im Genuß hat, so wird die Ausstattung dennoch, sofern nicht das Gegentheil bestimmt ist, ganz von den Gütern des Ausstattenden genommen. Erklärt der Ausstattende, einerlei mit welchen Worten, er wolle theils aus eigenen, theils aus Gütern des Kindes ausstatten, dann ist zu unterscheiden, ob der Antheil, den jede Vermögensmasse zu leisten hat, angegeben ist oder nicht. Ist der Theil festgesetzt, dann hält man diese Festsetzung ein, und wenn die Güter des Kindes nicht hinreichen, den ihnen zugeschiedenen Theil zu leisten, dann muß der Ausstattende mit seinen eigenen Gütern nachhelfen, weil stets der ganze versprochene Werth gegeben werden muß. Sind die Theile nicht bestimmt, dann schreibt das Gesetz, den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen derogirend, vor, das Geding in dem Sinne zu nehmen, daß der Ausstattende de suo nur das zu geben hat, was zur Ergänzung nothwendig ist; so daß der Elterntheil nichts zu geben hat, wenn die Güter des Kindes zur Leistung der ganzen Aussteuer hinreichen. Da diese Regel nicht für solche Ausstattende gilt, die nicht unter Dotalrecht verheirathet sind, so versteht es sich von selbst, daß man bei diesen dem gemeinen Rechte folgt, wornach die Auslegung eines Gedings nur eine Thatfrage ist, die nach den Umständen entschieden werden muß (Art. 1545—1546, Zach. l. c.).

106. — Darauf brauchen wir hier nicht zurückzukommen, daß die Aussetzung des Heirathsguts für den Aussetzenden ein Akt unter unentgeltlichem, für den Ehegatten ein solcher unter belastetem Titel ist, und haben von den Folgen, die aus der letzteren Eigenschaft fließen, namentlich von der Gewährleistungspflicht und den Zinsen, die der Aussetzende zu zahlen hat, nicht zu reden. Hierüber gilt im Dotalrecht nichts Besonderes und ist das Geeignete bereits im Eingang dieses Titels unter Nr. 8 auseinander gesetzt.

II. Abschnitt.

Rechte und Verbindlichkeiten der Ehegatten in Bezug auf die Dotalgüter.

107. — Das Gesetz überträgt dem Manne an den Dotalgütern der Frau zwei Rechte, mit denen wir uns gesondert beschäftigen wollen, nämlich das Recht der Verwaltung und das Recht der Nutznießung.

Zunächst ist der Mann der Verwalter aller Dotalgüter, und als solcher mit außerordentlichen Befugnissen ausgerüstet. Er allein stellt nicht nur die possessorischen Klagen und die Mobiliarklagen, wie jeder Verwalter, sondern auch die petitorischen Immobiliarklagen an, während die Frau keine erheben kann. Bei den Römern, wo der Mann in gewissem Sinne Eigenthümer der dos war, waren diese Befugnisse nur der Ausfluß dieser seiner Eigenschaft; bei uns, wo die Frau allein Eigenthümerin der Dotalgüter bleibt, erklärt sich diese Befugniß durch die Annahme eines gesetzlichen Auftrags, welcher den Mann zum gesetzlich verpflichteten Repräsentanten der Frau macht (wie der Vormund der Repräsentant des Minderjährigen ist): unser Gesetzgeber wollte, ohne die ehemalige Ansicht von dem Eigenthum des Ehemannes anzunehmen, daß trotzdem die Resultate die gleichen bleiben sollen. Und weil nur der Mann, nach dem ausdrücklichen Wortlaute des Gesetzes, allein die Klagen anstellen und angreifend vor Gericht auftreten kann, so hat er auch, aus viel stärkerem Grunde allein die Fähigkeit, vertheidigend vor Gericht zu handeln, und es wurde mit Unrecht zuweilen entschieden, daß es nothwendig sei, die Frau mit dem Manne zugleich zu belangen (Art. 1549, I u. II, 464, 465 Zach. §. 535 Note 3 u. 4).

108. — Kann der Mann bei uns, zum Unterschiede vom römischen Rechte, allein die Theilung von Dotalgütern verlangen? Für die bejahende Antwort wird angeführt, daß, wenn er dazu in Rom nicht berechtigt war, dies nur deßhalb der Fall gewesen, weil hier die Theilung das Eigenthum erst verliehen habe (und somit unter die Veräußerungsakte fiel, zu denen der Mann keine Fähigkeit hatte), während dieselbe heut zu Tage nur das Eigenthumsstück bezeichnet (Art. 883). Da aber die Absicht des Gesetzgebers die war, die alten Regeln selbst da aufrecht zu erhalten, wo er die Grundsätze, aus denen sie flossen, beseitigte, so muß man auch sagen, daß dieses Recht, das dem Ehemann in früheren Zeiten nicht zugestanden hat, ihm ebenso wenig unter dem Code zusteht, und mit Recht hat sich der

Gerichtsgebrauch und die Mehrzahl der Schriftsteller hierfür entschieden. Ebenso wenig kann der Mann einen Vergleich eingehen, in dem eine Veräußerung des Dotalguts enthalten ist: dagegen kann er, wie von jeher anerkannt war, einen Vergleich, der keine Veräußerung des Dotalguts enthält, abschließen (Art. 1549, III u. IV, 818, Zach. l. c. Note 7).

Außer dem Rechte der Verwaltung verleiht das Gesetz dem Manne noch ein Recht des Genusses oder der Nutznießung, welchem wir zwei besondere Paragraphen widmen wollen. Im einen sprechen wir von der Natur und dem Umfang dieses Rechts, im anderen von dessen Erlöschung und der Rückgabe der dos, die dadurch veranlaßt wird.

I. Von der Natur und den Wirkungen der Nutznießung des Ehemannes.

109. — Der Mann ist bezüglich der Dotalgüter nicht in der gleichen Lage wie ein gewöhnlicher Nutznießer. — 1. Während dieser stets Sicherheit zu leisten hat, wenn er nicht durch den Bestellungsakt davon dispensirt ist, ist der Mann dagegen der Regel nach hiervon frei und kann dazu nur ausnahmsweise durch ein besonderes Vertragsgeding verbunden werden: es wäre auch gar nicht passend gewesen, den Grundsatz aufzustellen, daß der Frau, die ihre eigene Person dem Manne anvertraut, für ihre Güter durch Beitritt eines Fremden Garantie geleistet werden solle (Art. 601 ff.). — 2. Am Schlusse der Nutznießung hat der Mann einen Anspruch auf Entschädigung für die Erndten, die er hätte machen sollen und die er die Frau einheimsen läßt, und für die Meliorationen, die er auf den Gütern gemacht hat. Diese Regel, die schon in dem Verbot der indirekten Begünstigungen zwischen Mann und Frau motivirt ist, ergibt sich auch noch bezüglich der Meliorationen daraus, daß der Mann die Arbeiten, welche den Werth des Grundstücks heben, nicht wie der Nutznießer für sich allein vornimmt, sondern für die ganze Familie, im Interesse von Frau und Kind und als gesetzlicher Mandatar der Frau: es liegt ihm hier neben seinem Rechte auch eine Pflicht ob (Art. 590 u. 599). — 3. Der Mann erwirbt alle Früchte von den Dotalgütern Tag für Tag, sogar die natürlichen Früchte, welche der Nutznießer nur durch die Perception erwirbt: der Mann bezieht also vom Abschluß der Ehe an so viel Jahreserndten, als seine Nutznießung Jahre dauert; dann für den Bruchtheil des letzten Jahres einen entsprechenden Bruchtheil der Erndte, der auf dieses Jahr fällt. Da hier der Grund-

satz fest steht, daß der Mann, der mit den Früchten der Dotalgüter die Bedürfnisse der Haushaltung zu bestreiten hat, auch einen Anspruch auf alle diese Früchte genau nach dem Verhältniß der Dauer seiner Nutznießung hat, so müssen wir auch, trotz der entgegen gesetzten aber isolirten Ansicht eines neueren Autoren, die Regel ebenso gut auf Erndten anwenden, die nur in Zwischenräumen von mehreren Jahren, als auf die, welche jährlich gezogen werden: wer das Gegentheil glaubt, der verkennt den offenbaren Willen des Gesetzgebers und läßt für ganze Jahre die Nachtheile zu, welche er nicht einmal für einige Monate dulden wollte (Art. 585). — 4. Da die Nutznießung des Mannes hier den Zweck hat, den Bedürfnissen der Haushaltung zu genügen, so kann der Mann sein Recht nicht einem Dritten cediren. Diese Unübertragbarkeit darf man nicht, wie es zuweilen geschieht, daraus erklären, daß der Mann hier, wie bei seinem Rechte der Verwaltung, nur als Mandatar der Frau handle (denn nicht als Mandatar genießt der Mann die Dotalgüter, sondern kraft seines eigenen Rechts, das ihm so eigen ist, daß das, was nach Befriedigung der Bedürfnisse der Haushaltung übrig bleibt, ihm ausschließlich zugehört); sondern aus der Bestimmung der dos (Art. 1550, 1554 IV, 1562, 1571 Zach. l. c. und §. 540).

110. — Trotz dieser Verschiedenheiten (die nicht die einzigen sind, wie wir sehen werden) ist das Genußrecht des Mannes doch eine Nutznießung; und es ist unbegreiflich, wie ein Autor ihm diese Eigenschaft und den Charakter eines dinglichen Rechts darum hat absprechen können, weil diesem Recht zu Rom nie die Qualifikation einer Nutznießung beigelegt worden sei. Die Römer nannten den Mann allerdings nicht den Nutznießer der dos, weil er für sie deren Eigenthümer war; aber gerade dieser Umstand, weit entfernt, uns zu gestatten, das Recht des Ehemannes aus der Klasse der dinglichen Rechte auszuschließen, zwingt uns, es diesen in erster Reihe beizuzählen, und weit entfernt, keine Nutznießung zu sein, ist dieses Recht im Gegentheile eine privilegirte Nutznießung und mehr begünstigt als die gewöhnliche Nutznießung (Art. 1550, II).

111. — Der Ehemann in Dotalehe, wie der gewöhnliche Nutznießer hat nicht immer eine eigentliche Nutznießung an den verschiedenen ihm übergebenen Gütern; mehrere dieser Güter werden volles und freies Eigenthum des Ehemanns unter der Verbindlichkeit für ihn, am Ende der Nutznießung entweder deren Werth oder andere Güter von gleicher Qualität und Quantität zurück zu geben:

hier ist nicht das Gut, sondern das Forderungsrecht dotal, welches der Frau behufs Erlangung des Aequivalentes zusteht; es liegt demnach hier ein Quasi-ususfructus vor.

Die Güter, deren Quasinutznießer, d. h. voller Eigenthümer mit der Auflage, ihr Aequivalent zurückzugeben, der Mann mit Abschluß der Ehe wird, zerfallen in vier Klassen: — 1. die vertretbaren Sachen, nämlich diejenigen, welche durch den Gebrauch aufgebraucht werden, so gut als die, welche die Bestimmung haben, verkauft zu werden: in erster Reihe steht hier das baare Geld; einem Waarenlager aber kann man diese Eigenschaft nicht beilegen, wie in mehreren Urtheilen geschehen ist. Die Waaren sind allerdings vertretbar, weil ihre Bestimmung ist: nach und nach verkauft und wieder ersetzt zu werden; aber das Lager selbst, das kraft dieses Nachrückens der Waaren semper idem durat, hat offenbar nichts Vertretbares an sich; — 2. die nicht vertretbaren Sachen, wenn sie mit einem Werthanschlage übergeben worden sind und dabei nicht erklärt wurde, ihre Abschätzung solle nicht für einen Verkauf gelten; unter diesen nicht vertretbaren Fahrnissen stehen die Renten und Forderungen; — 3. die mit Werthanschlag übergebenen Liegenschaften, wenn dabei erklärt wurde, der Werthanschlag solle für Verkauf gelten; — 4. endlich die Liegenschaften, welche in der Hand des Mannes die Summen ersetzen, welche ohne die Bedingung der Anlage zur dos ausgesetzt worden sind: wenn der Mann also, ohne vertragsmäßig dazu verpflichtet zu sein, eine Liegenschaft mit der Summe ankauft, welche ihm als dos überliefert worden war, oder wenn der Dotirende, der eine Summe versprochen hatte (sei es kraft eines vertragsmäßigen Vorbehalts, oder in Folge eines späteren Uebereinkommens zwischen ihm und dem Ehemanne), sich durch Hingabe einer Liegenschaft an Zahlungsstatt frei macht, dann ist es klar, daß die Liegenschaft Eigenthum des Mannes ist, wie es die Gelder selbst wären (Art. 1551—1553, I—III; Zach. §. 536).

112. — Anders verhält es sich jedoch, und es liegt ein Dotalgut, welches der Frau gehört, vor, wenn der Dotirende, neben dem Vorbehalt, die Liegenschaft übergeben zu dürfen, stipulirt hatte, daß die Liegenschaft in diesem Falle ein Dotalgut sein solle, oder wenn der Mann die Liegenschaft nur in Vollzug eines Gedings des Ehevertrags gekauft hat (Art. 1395). — Wo bedungen ist, daß die guthabenden Summen der Frau angelegt werden sollen, da haften deren Schuldner, nach den vom Code angenommenen

und vom Gerichtsgebrauch gebilligten Traditionen für die wirkliche und nützliche Anlage, und können somit nur zahlen, wenn Gelegenheit zu einer guten und gültigen Anlage vorhanden ist. Jedoch steht der Frau der Rückgriff auf die Schuld nur subsidiär, im Fall ihr Rückgriff auf den Mann sie nicht deckt, zu (Art. 1553, III, Zach. §. 536).

Außer diesen vier Klassen von Gütern, deren Eigenthümer der Mann durch die einfache Thatsache des Eheabschlusses werden kann, gibt es noch solche, die im Lauf der Ehe sein Eigenthum werden können. Wenn nämlich Liegenschaften, deren Veräußerung ohne deren Ersetzung durch andere vertragsmäßig gestattet ist, demnach verkauft worden sind, oder wenn nicht vertretbare und ohne Werthanschlag übergebene Fahrnisse verkauft wurden, dann haben wir Güter, von denen die Frau anfänglich Eigenthümerin geblieben war, an deren Stelle jetzt Geldsummen, d. h. vertretbare Sachen gekommen sind, und das Eigenthum an diesen Sachen steht dem Manne zu, während die Frau bezüglich derselben nur ein Forderungsrecht behält.

113. — Als Nutznießer ist der Mann, während der Dauer seines Genusses, nur zu den Verbindlichkeiten eines gewöhnlichen Nutznießers gehalten; begreiflicherweise hat er aber als Generalverwalter der Dotalgüter viel ausgedehntere Pflichten. Wenn er z. B. in jener Eigenschaft gehalten ist, Unterhaltungsreparaturen auf seine Kosten machen zu lassen, so hat er in dieser, jedoch auf Rechnung der Frau, die Hauptreparaturen vornehmen zu lassen, und er haftet für den Verfall und die Verschlimmerungen, welche durch die Unterlassung dieser Reparaturen herbeigeführt werden. Da dem Manne allein auch die Anstellung aller Klagen obliegt, so haftet er auch für alle Verjährungen, die durch sein Verschulden vollendet werden (Art. 1562, 1533, 599. Zach. §. 535).

II. Von der Erlöschung der ehemännlichen Nutznießung und von der Zurückgabe der dos.

114. — Die Nutznießung des Mannes an den zur dos ausgesetzten Gütern erlöscht durch Auflösung der Ehe und auch durch Trennung von Tisch und Bette oder die bloße Vermögensabsonderung, wenn die eine oder andere unter den Eheleuten ausgesprochen wird. Die Frau die ihre dos in Gefahr sieht, kann hier, wie bei den Güterrechtsarten der Gemeinschaft und des Ausschlusses der Gemeinschaft, auf Vermögensabsonderung antragen, welche, wie

wir wissen, außerdem noch die Folge jedes Scheidungsurtheils ist. Weiter unten werden wir sehen, daß die Vermögensabsonderung, ohne ganz vollständig die Dotaleigenschaft aufzuheben, der Frau die Verwaltung und den Genuß ihrer dos zurückgibt.

Das Aufhören der Nutznießung und der Verwaltung des Mannes veranlaßt die Zurückgabe der dos, die gewöhnlich an die Frau oder deren Erben geschieht, aber auch dem Dotirenden zu geschehen haben kann, wenn der Vertrag so lautet. In allen Fällen kann die unverzügliche Zurückgabe dann verlangt werden, wenn die Frau Eigenthümerin der zu restituirenden Sachen geblieben war, und sich diese Sachen im Besitze des Mannes oder seiner Erben befinden; bei Sachen, bezüglich deren die Frau nur ein Forderungsrecht hat, gewährt das Gesetz dem Manne und dessen Erben, weil solche ihnen vielleicht nicht sofort zu Gebot stehen können, eine Jahresfrist, um die Rückgabe zu bewirken. Die Klage auf die Zurückgabe dauert dreißig Jahre von Erlöschung der Nutznießung im ersten, und von Ablauf der Jahresfrist im zweiten Falle (Art. 1563—1565, Zach. §. 539 u. Art. 123 ff.).

Die Zinsen der dos laufen kraft Gesetzes vom Tage der Erlöschung an, einerlei aus welcher Ursache sie eintritt und wem die Zurückgabe zu geschehen hat; im Falle der Erlöschung durch den Tod des Mannes genießt die Frau zwei Vortheile, die ihr persönlich sind: — 1. sie hat die Wahl, während des Jahres nach dem Tode entweder die Zinsen oder ihre Alimente zu beziehen; — 2. sie hat, ihre Wahl mag ausfallen wie sie will, einen Anspruch auf Wohnung und Trauerkleidung während der nämlichen Zeit (Art. 1570, Zach. §. 540).

115. — Wie billig, hat die Frau, die die Rückgabe verlangt, zu beweisen, daß der Mann die von ihr reklamirte dos empfangen hat oder daß sie ihm durch seine eigene Schuld entgangen ist, er somit für deren Werth verantwortlich ist; tritt aber die Erlöschung der Nutznießung erst nach zehn Jahren von dem Augenblick an gerechnet ein, wo die dos hatte bezahlt werden sollen, dann tritt gegen den Mann zu Gunsten der Frau und deren Erben eine gesetzliche Vermuthung für den Empfang oder den selbst verschuldeten Nichtempfang ein, die der Mann nur durch den Beweis des Gegentheils beseitigen kann. Nicht immer ist es jedoch erforderlich, daß er eifrige Betreibungen von seiner Seite nachweist; je nach den Umständen und der Person des Dotirenden kann es an Anforderungen und Schritten auf gütlichem Wege genügen: es ist das

eine Thatfrage, über die der Richter zu entscheiden hat. — Diese Vermuthung für die Zahlung oder das eigene Verschulden kann jedoch nicht auch von dem Dotirenden geltend gemacht werden, weil er als Schuldner der dos sich die Unthätigkeit und Nachlässigkeit des Gläubigers nicht zu Nutzen machen kann, so lange nur noch keine Verjährung, d. h. noch kein Zeitraum von dreißig Jahren vorliegt. Folglich kann die Frau selbst sich nicht auf die Vermuthung berufen, wenn sie die dos ausgesetzt hatte. Gegen diesen Satz kann man auch mit dem römischen Rechte nicht aufkommen; denn unser Code wiederholt hier nicht die römische Regel (welche für einen ganz anderen Fall aufgestellt war): vielmehr wiederholt er die Regel, welche das Parlament von Toulouse an die Stelle der römischen gesetzt hatte, und dieses Parlament versagte der sich selbst dotirenden Frau die Wohlthat dieser Vermuthung (Art. 1569, Zach. §. 540).

116. — Gleich jedem Nutznießer hat der Mann in der Regel die Sachen, die im Stück zu restituiren sind, nur in soweit zurück zu geben, als sie noch vorhanden sind, und zwar in dem Zustande, in welchem sie sich bei Erlöschung der Nutznießung befinden, sofern nicht deren Verschlimmerung oder Zerstörung durch sein Verschulden herbeigeführt worden ist. Diesen Grundsatz wendet das Gesetz namentlich auf Forderungen, Renten und Nutznießungsrechte an, die als Theile der dos entweder eingingen oder Verringerungen erlitten haben; es macht aber hier zu Gunsten der Frau bezüglich des Weißzeugs und der Kleidung in deren Gebrauche eine Ausnahme. War das Brautgeräthe ohne Werthanschlag übergeben worden, ist es also Eigenthum der Frau geblieben, dann kann diese, statt sich, wie die Regel vorschreibt, mit ihren gebrauchten Kleidern und Weißzeug, soviel davon noch vorhanden ist, begnügen zu müssen, an deren Stelle das Weißzeug und die Kleidungsstücke, die sie im Augenblicke im Gebrauch hat, nehmen, mögen solche auch wegen ihrer besseren Beschaffenheit oder größeren Menge von bedeutend höherem Werthe sein.

Wenn auch das Brautgeräthe mit einem Werthanschlage übergeben worden war, dann macht das Gesetz doch noch eine Ausnahme von dem gemeinen Rechte, wornach die Frau nur den Betrag dieses Werthanschlags fordern könnte, und gestattet ihr, wenn sie es vorzieht, das Weißzeug und die Kleidungsstücke, die sie zur Zeit in ihrem Gebrauch hat, an sich zu nehmen, wenn auch deren Werth den des ursprünglichen Brautgeräthes um Vieles

übersteigt. Wenn dagegen der Werth des Weißzeugs und der Kleidungsstücke geringer ist als der Anschlag des ursprünglichen Brautgeräthes, dann steht der Frau das Recht zu, sich die Differenz herauszahlen zu lassen, weil das Wahlrecht ihr nach der Absicht des Gesetzes ein Vortheil sein und ihr nie Schaden verursachen soll (Art. 1566—1568, Zach. l. c.).

117. — Die letzte ausnahmsweise Rechtswohlthat, welche das Gesetz hier der Frau (und deren Erben) verleiht, bezieht sich auf die Einwerfung der dos in die Verlassenschaft desjenigen, der sie gegeben hat.

Nach dem gemeinen Rechte müßte die Frau, wenn die ihr ohne Erlassung der Einwerfung ausgesetzte dos vom Manne ganz oder zum Theile verschleudert worden ist, deren Werth ihren Miterben einwerfen, so wie sie zur Erbschaft des Dotirenden gerufen wird. In einem Falle nur leidet dieser Grundsatz hier eine Ausnahme, welche als solche nicht ausgedehnt werden darf und mithin nur beim Dotalrecht Anwendung finden kann. War der Mann zur Zeit, wo die dos gegeben wurde, zahlungsunfähig, auch ohne Kunst und Gewerbe, dann thut die Frau ihrer Einwerfungspflicht Genüge, wenn sie der Erbschaft des Dotirenden ihr Klagerecht gegen den Mann oder dessen Erben überläßt (Art. 1573, Zach. l. c.).

Die Frau in Dotalehe genießt jedoch hier keinen anderen besonderen Vortheil und hat keinerlei Vorzugsrecht auf die Güter des Mannes, bezüglich der Rückforderung ihrer dos. Ihre Forderung ist wie die einer jeden anderen Ehefrau durch eine gesetzliche Hypothek sicher gestellt, sie ist aber nicht privilegirt im eigentlichen Sinn des Wortes (Art. 1572, 2121, Zach. l. c.).

III. Abschnitt.

Von der Unveräußerlichkeit und Unverjährbarkeit der Dotalgüter.

I. Von der Unveräußerlichkeit der Dotalgüter.

Hier haben wir es zu thun: — 1. mit der Regel der Unveräußerlichkeit; — 2. mit den Ausnahmen davon; — 3. mit der Sanktion, durch die sie gegen Verletzung geschützt wird.

1. Von der Regel der Unveräußerlichkeit.

118. — Die Regel der Unveräußerlichkeit findet nur auf Dotalliegenschaften Anwendung; der Artikel, der die Regel aufstellt, die Ueberschrift des Abschnittes, in welchem dieser Artikel steht und

dieser Abschnitt als Ganzes aufgefaßt, verbieten es, die Regel auf Fahrnisse auszudehnen. Schon das römische Recht und die älteren Commentatoren haben die Unveräußerlichkeit stets nur für die liegenschaftliche dos gelten lassen. Die entgegengesetzte Ansicht würde ad absurdum führen, denn da die ausnahmsweise Veräußerungserlaubniß für gewisse Fälle nur auf Liegenschaften Anwendung findet, so müßten die Fahrnisse unter allen Umständen, selbst wenn es sich darum handelte, den Eheleuten und den Kindern Brod zu verschaffen, unveräußerlich bleiben (Art. 1554, II, 1557—1560, Zach. §. 537 a. E.).

Wir haben es also mit Liegenschaften zu thun, und zwar nur mit solchen, die eigentliche Dotalgüter sind, d. h. die Eigenthum der Frau bleiben, während sie als direct durch den Vertrag ausgesetzt in die Verwaltung und Nutznießung des Mannes übergehen. Diejenigen, welche in das Eigenthum des Mannes fallen und der Frau nur ein Forderungsrecht an diesen als Dotalgut lassen, wie wir unter Nr. 111, 3 und 4 gesehen haben, sind natürlich nicht unveräußerlich. Sie sind es sogar dann nicht, wenn sich, nach Ausspruch der Güterabsonderung unter den Ehegatten, diese Liegenschaften im Eigenthum der Frau befinden, weil sie ihr vom Manne als Zahlung ihrer Dotalgelder gegeben oder von ihr mit diesen nämlichen Geldern gekauft worden sind: das Geld, ein fahrender Werth, und nicht die Liegenschaft bildet hier die dos, und eine fahrende dos ist vollkommen veräußerlich (Art. 1553, IV.).

119. — Allenthalben wird behauptet, daß der Gerichtsgebrauch dennoch als Regel die Unveräußerlichkeit der fahrenden dos aufstelle; zum Glück ist das aber eine unwahre Thatsache. Er begeht zwar das Unrecht, diese vermeintliche Unveräußerlichkeit in dem Ausnahmsfalle anzunehmen, wo ein Vermögensabsonderungsurtheil unter den Eheleuten erging; er erkennt aber die volle Unveräußerlichkeit im Allgemeinen und beim gewöhnlichen Stande des Dotalrechts an. Ueber diesen Satz sprechen sich die Urtheile allerdings in ganz auffallend ungenauer Weise aus und gebrauchen überall das Wort Unveräußerlichkeit; es ist das aber nur ein unrichtiger Ausdruck und die volle Veräußerlichkeit der Fahrnisse ist in der kräftigsten Weise ausgesprochen. Die Urtheile besagen: „Der Code wollte an dem früheren Stande der Dinge nichts ändern; der Mann hat nun von jeher das Recht gehabt, und behält es mithin auch stets, über die fahrende dos zu verfügen. Da aber der Mann die Verfügungsgewalt hat, so hat sie also die Frau nicht, und ge-

rade so, wie der Mann allein die petitorischen Klagen anstellen kann, ebenso kann er nur die Fahrnisse veräußern. In einem gewissen Sinne, nämlich in Bezug auf die Frau, ist also die fahrende dos unveräußerlich." Hier liegt nur eine Ungenauigkeit im Gebrauch der Worte vor und der Grundgedanke ist ebenso richtig als leicht faßlich. Da der Mann die Fahrnisse veräußern kann, so sind diese Fahrisse veräußerlich; es liegt hier nur eine persönliche Unfähigkeit der Frau vor, die Veräußerung zu bewirken; das Recht, zu verfügen, ist da, es ist nur dem Mann als procurator der Frau übertragen, statt daß es in den Händen dieser belassen worden wäre.

Zum Unglück hat aber diese Wortunrichtigkeit, die das zu einer Unveräußerlichkeit von Sachen macht, was nur eine Unfähigkeit von Personen ist, den Gerichtsgebrauch zu einer rechtlichen und thatsächlichen Unrichtigkeit beim Fall der Güterabsonderung geführt. Da die Absonderung dem Manne die Rechte nimmt, welche ihm das Dotalrecht an den Dotalgütern gegeben hat, so kann die fahrende dos nicht mehr von ihm veräußert werden; und so Unrecht wie man hat, wenn man sagt, die fahrende dos sei für die Frau unveräußerlich, kann man auch noch dazu zu sagen, daß sie, weil sie von nun an auch für den Mann unveräußerlich ist, nunmehr vollständig unveräußerlich sei. Abgesehen davon, daß diese angebliche Unveräußerlichkeit schon in der vorigen Nummer widerlegt wurde, wird sie es auch durch die Doktrin der Urtheile. Wir haben gesehen, daß diese Doktrin bei unrichtiger Ausdrucksweise, die volle Veräußerlichkeit der Fahrnisse mit dem anerkennt, daß das Veräußerungsrecht dem Manne und nicht der Frau zusteht; das Gut nun, welches das Dotalrecht (das allein die Unveräußerlichkeit schaffen kann) veräußerlich läßt, kann gewiß nicht durch die Güterabsonderung unveräußerlich werden, und es kann sich blos darum fragen, von wem es veräußert werden kann. Weil nun hier der Frau die verschiedenen Rechte wieder zufallen, welche das reine Dotalrecht dem Manne übertrug, so hat sie die Verfügungsgewalt über das Mobiliar, wie ihr auch die Anstellung der verschiedenen Klagen, die Verwaltung und der Genuß aller Güter zusteht (Art. 1554, III. Zach. §. 537.).

120. — Da die Dotalfahrnisse veräußerlich sind, so ist es auch der Ertrag derselben; mit dem aus den Liegenschaften verhält es sich aber nicht absolut ebenso. Für die Bedürfnisse der Haushaltung sind sie wesentlich veräußerlich, weil das gerade ihre Be-

stimmung ist; man geht aber irre, wenn man mit einem Schriftsteller daraus schließt, daß man vollkommen und zu jedem beliebigen Zweck darüber verfügen könne. Läßt man die Veräußerung des Gesammtbetrags für jeden Gegenstand zu, statt sie für die Bedürfnisse des Hauses aufzusparen, dann setzt man sich der Gefahr aus, die Veräußerung der Liegenschaften selbst zur Befriedigung dieser Bedürfnisse nothwendig zu machen: die Unveräußerlichkeit (für jeden anderen Gegenstand, als die Bedürfnisse der Haushaltung) eines Theils des Ertrags der Dotalgrundstücke ist die Folge der Unveräußerlichkeit dieser Grundstücke selbst. Man muß also, wie die Juristen thun, diesen Ertrag in zwei Theile theilen: was nach Befriedigung der Haushaltungsbedürfnisse übrig bleibt, darüber kann frei verfügt werden; was aber zur Befriedigung dieser Bedürfnisse nothwendig ist, darüber kann nur zu diesem Zweck verfügt werden.

Da der Ueberschuß des Ertrags vollkommen veräußerlich und absolut disponibel ist, so gehört er vor der Güterabsonderung in das freie Vermögen des Mannes und nachher in das der Frau. Demnach kann ihn der Mann vor der Absonderung zu persönlichem Erwerbe oder zur Zahlung seiner Schulden verwenden, während die Gläubiger der Frau nicht darauf greifen können, weil er Eigenthum des Mannes ist. Nach der Absonderung dagegen haben die Gläubiger des Mannes kein Recht mehr darauf und die der Frau können sich daran halten, ohne daß man zu unterscheiden hätte, wie es der Gerichtsgebrauch mit Unrecht thut, ob die Verbindlichkeiten älter oder jünger als das Absonderungsurtheil sind. Das ist unbestreitbar, daß ein Gläubiger ebenso gut auf die Güter greifen kann, die dem Schuldner nach der Verbindlichkeitsübernahme anerfallen, als auf die, welche ihm vorher gehörten, weil der, welcher sich verbindlich macht, mit seinen gegenwärtigen und künftigen Gütern haftet. Wenn also Gläubiger der Frau, die älter als die Vermögensabsonderung sind, nicht auf den vor dieser Absonderung verfallenen Ueberschuß greifen können (und zwar nicht, weil er nicht disponibel wäre, denn das ist er vollständig, sondern weil er der schuldenden Frau nicht gehört), so können sie doch auf den greifen, der erst später sich ergibt (Art. 1554, IV und VIII, 2092.).

121. — Die Unveräußerlichkeit der Liegenschaften und des Theils des Ertrags, der für die Bedürfnisse der Haushaltung erforderlich ist, beginnt mit Abschluß der Ehe, wann hört sie aber auf? Zuweilen wurde die Behauptung aufgestellt, sie höre nicht allein mit Auflösung der Ehe, sondern auch mit der Güter=

absonderung auf. Das ist ein Irrthum. Der Code wollte das Dotalrecht in seinem Bestande aufrecht erhalten und von jeher war man der Ansicht, daß sich die Güterabsonderung hier nicht ebenso an die Stelle des Dotalrechts setzt, wie sie die der Gütergemeinschaft oder die des Ausschlusses der Gemeinschaft einnimmt, sondern daß sie sich mit diesem Dotalrecht nur in der Weise verbindet, daß hier eine gemischte Güterrechtsart vorliegt, welche die Ehegatten zugleich darin unter das Dotalrecht stellt, daß die Dotalliegenschaften stets unveräußerlich bleiben, und dann darin unter das Recht der Gütersonderung, daß die Frau die Verwaltung und den Genuß aller ihrer Güter erhält. Das ist ein für die Schriftsteller und für die Urtheile feststehender Satz, wie er es auch im älteren Rechte war.

Diese aus Dotalrecht und Gütersonderung zusammengesetzte Güterrechtsart kann nur durch ein Urtheil herbeigeführt, niemals aber durch Ehevertrag festgestellt werden; denn in einer derartigen Stipulation liegt ein doppelter Eingriff in die Regeln der öffentlichen Ordnung. Auf der einen Seite würde damit bezweckt, eine Unveräußerlichkeit außer den Voraussetzungen herbeizuführen, unter welchen das Gesetz es gestattet, sie zu stipuliren; auf der anderen Seite wäre sie für die ehemännische Würde verletzend, weil sie dem Manne das Verwaltungsrecht nimmt, welches ihm das Gesetz in Bezug auf jedes Dotalgut verleiht (Art. 1554 V u. VI. S. auch Art. 1561 und 1563, Zach. §. 537, Note 1.).

122. — Mit der Auflösung der Ehe hört die Dotaleigenschaft auf und die Liegenschaften werden in der Hand der Frau oder deren Erben disponibel; jedoch nur für die Zukunft, und kein Veräußerungsakt, weder ein directer noch ein indirecter, der während der Ehe abgeschlossen wird, kann nach der Auflösung gegen sie geltend gemacht werden. Ohne Grund hat man das Gegentheil bezüglich des Vollzugs der Verpflichtungen behauptet, welche die Frau während der Ehe eingegangen hat. Zwar verpflichtet der, der eine Verbindlichkeit übernimmt, alle seine gegenwärtigen Güter, die in seinem Vermögen disponibel sind und auch diejenigen Güter, welche ihm gleich frei in der Folge anerfallen; diejenigen seiner gegenwärtigen Güter aber kann er nicht haftbar machen, welche zur Zeit seinem Verfügungsrecht entzogen und außer Verkehr gesetzt sind. Da hiernach der Akt dem Grundsatz der Unveräußerlichkeit widerstreitet, so ist es klar, daß er, da dieser Grundsatz ausdrücklich für die Erben wie für die Frau selbst aufgestellt ist, ebenso wenig gegen die Erben als gegen die Frau vollzogen

werden kann, und der Unterschied, den ein Schriftsteller und ein Urtheil in dieser Hinsicht haben machen wollen, der aber mit Recht verworfen worden ist, ist wirklich unbegreiflich.

Wenn aber auch eine von der Frau eingegangene Verbindlichkeit nach der Eheauflösung nicht gegen gewesene Dotalgüter geltend gemacht werden kann, so kann sie doch ganz gut auf ein Gut geltend gemacht werden, das der Frau nach der Auflösung anerfallen ist, weil dieses Gut (das Dotal hätte werden können, wenn die künftigen Güter auch ausgesetzt worden wären, und es während der Ehe anerfallen wäre) nie ein Dotalgut gewesen ist. Man muß staunen, daß die entgegengesetzte Ansicht in einem Urtheile vertheidigt werden konnte, das jedoch, wie es sich gehörte, kassirt worden ist (Art. 1554, VII, 1560, Zach. §. 537).

123. — Mit dem ausdrücklichen Verbot der Veräußerung der Liegenschaften (in welchem das Verbot liegt, dieselben haftbar zu machen) gibt das Gesetz auch das Verbot, sie mit Unterpfand zu belasten. Der Verpfändung, welche zwar durch das Veräußerungsverbot schon hinreichend untersagt ist (weil man veräußern können muß, um verpfänden zu können), sollte doch ein ausdrückliches und specielles Verbot gewidmet sein; denn sie ist noch gefährlicher als die direkte Veräußerung. Denn hierbei beraubt sich die Frau wissentlich und bei vollem Bewußtsein des Standes der Dinge, während sie ein Unterpfand in der Hoffnung auf eine Heimzahlung verwilligen kann, die in der Folge unmöglich wird und wodurch sie sich gegen ihren Willen beraubt sieht. Die Lex Julia schon war gegen die Verpfändung viel strenger als gegen die Veräußerung selbst (Art. 1554, I, 1556, IV, 2124, Zach. l. c.).

2. Von den Ausnahmen von dem Grundsatze der Veräußerlichkeit.

124. — Der Grundsatz der Unveräußerlichkeit der Dotalliegenschaften erleidet auf zweierlei Arten Ausnahmen. Eines Theils ist die im Code niedergeschriebene Ausnahme direct und einzig gegen die Unveräußerlichkeit gerichtet, indem sie in gewissen besonderen Fällen die Liegenschaften zu veräußern gestattet, welche unter den gewöhnlichen Verhältnissen unveräußerlich sind. Andern Theils modificirt diese Ausnahme, als rein bedungene und im Ehevertrag aufgestellte, das gesetzliche System der Dotalität und beseitigt die Unveräußerlichkeit, indem sie durch eine Klausel stipulirt, daß die Liegenschaften Dotalgüter sein sollen, ohne unveräußerlich zu sein.

Die directe, vom Gesetze selbst aufgestellte Ausnahme, die einen integrirenden Theil des Dotalrechts bildet, umfaßt eine gewisse Zahl von Fällen, die man in vier Kategorien eintheilen kann (Art. 1556, I, Zach. l. c.).

125. — Die erste Kategorie enthält zwei Fälle, in welchen die Veräußerlichkeit, durch die Natur der Dinge selbst geboten, gegeben ist, ohne im Gesetzbuch niedergeschrieben zu sein.

Die Dotalliegenschaft war stets veräußerlich und dem Zugriff unterworfen, wo es sich um den Ersatz des durch, sogar rein civilrechtliche, Vergehen der Frau verursachten Schadens handelt. Die Unveräußerlichkeit darf, als ein auf der öffentlichen Ordnung beruhender Grundsatz, nicht selbst gegen die öffentliche Ordnung gekehrt werden und der Frau einen Schutz gegen ihre Uebelthaten abgeben. Jedoch kann in diesem Falle nur auf das nackte Eigenthum an den Dotalliegenschaften gegriffen werden, da die Nutznießung des Mannes ungeschmälert bleiben muß, sofern dieser nicht der Mitschuldige seiner Frau ist.

Die Liegenschaft ist ebenfalls veräußerlich für Zahlung von Kosten, die auf der Frau aus Prozessen ruhen, in die sie persönlich wegen ihrer dos verwickelt wurde, weil diese Prozesse gerade zur Erhaltung der dos geführt worden sind (Art. 1556, II, Zach. l. c. Note 23 u. 47).

126. — Das Gesetz gestattet ferner die Veräußerung zur Versorgung der Kinder der Frau durch Heirathen oder sonst wie. Wenn es sich um Kinder aus einer früheren Ehe handelt, dann kann die für die Frau erforderliche Ermächtigung, wenn der Mann sie versagt (er ist hier Stiefvater), vom Gerichte ertheilt werden, nur ist dem Manne die Nutznießung vorzubehalten; handelt es sich aber um gemeinschaftliche Kinder, dann sieht das Gesetz in der Eigenschaft des Vaters eine hinreichende Garantie und statt seiner Ermächtigung kann hier nicht mehr eine gerichtliche ertheilt werden. Dieser Unterschied zwischen den zwei Fällen, der zuweilen in Abrede gezogen wurde, kann nicht bezweifelt werden, weil es dem Gesetzgeber nicht einfallen konnte, hier zwei getrennte Verfügungen zu treffen, wie er es gethan hat, wenn er beabsichtigt hätte, eine einzige Regel aufzustellen, wie man behauptet hat (Art. 1556, III, 219, Zach. l. c.).

127. — Die dritte Kategorie umfaßt fünf Fälle, in welchen eine gebieterische Nothwendigkeit die Zulassung der Veräußerung

gebot, wobei der Verkauf jedoch nur mit Gutheißen des Gerichts und in öffentlicher Versteigerung geschehen kann.

— 1. Zunächst kann der Verkauf gestattet werden, um den Mann oder die Frau aus dem Gefängniß zu befreien. Die Einsperrung muß jedoch ernstlich gemeint und nicht das Resultat einer mit einem Dritten verabredeten Intrigue sein, um betrügerischer Weise eine verbotene Veräußerung zu ermöglichen: in diesem Fall kann der Dritte als Mitschuldiger an dem Betruge, der die Frau um ihre Liegenschaften gebracht hat, dieser gegenüber zur Entschädigung verurtheilt werden. Von selbst versteht es sich auch, daß das Gericht die Erlaubniß versagen kann, wenn es sieht, daß die Befreiung des gefangenen Ehegatten von keinerlei Nutzen für die Familie ist; wenn es sich z. B. um einen unverbesserlichen Ehemann handelt, der das Gefängniß nur verlassen wird, um sich von Neuem seiner tollen Verschwendungssucht zu überlassen. Auch das endlich ist einleuchtend, daß, wenn die Liegenschaft der Frau für eine Schuld des Mannes verkauft worden ist, sie den Rückgriff auf ihn hat, wenn er wieder in bessere Verhältnisse kommt (Art. 1558, I, Zach. l. c. Note 43).

— 2. Der Verkauf kann gestattet werden, um dem Ehegatten, den Kindern oder den Ahnen oder den Verwandten, die darauf Anspruch haben, den Unterhalt zu verschaffen. Die Frau hat hier den Rückgriff auf den Mann (der für die Bedürfnisse der Familie zu sorgen hat, so weit seine Mittel reichen), wenn derselbe, nachdem er wieder zu Wohlstand gekommen ist, fortfuhr, die Werthe zu benützen, die aus dem Kaufe herrühren; für das aber, was er genommen hat, so lange er ohne Mittel war, hat er keine Vergütung zu leisten, weil die Unterhaltsschuld, wo der Mann mittellos ist, eine persönliche Schuld der Frau wird (Art. 1558, II, 203, 205, 206, Zach. l. c. Note 44).

— 3. Der Verkauf kann auch gestattet werden zum Zweck der Zahlung der Schulden der Frau oder desjenigen, der die dos ausgesetzt hat, sofern sie ein sicheres voreheliches Datum haben. Hier handelt es sich nicht, wie einige Autoren geglaubt haben, darum, daß die Gläubiger die Erlaubniß zum Zugriff beantragen und erwirken müssen. Es sind nur zwei Fälle möglich: entweder haben diese Gläubiger ihr Klagrecht auf die Liegenschaften, trotz deren Bestellung zur dos, gewahrt, dann brauchen sie nicht um die Erlaubniß, zu klagen, nachzusuchen; oder die Dotirung hat ihnen ihr Klagrecht auf diese Liegenschaften entwunden, dann kann das Ge-

richt ihnen kein Recht verleihen, welches das Gesetz ihnen versagt.*) Es handelt sich also nicht um die Gläubiger, sondern um die Eheleute: diese können, die Gläubiger mögen ein Klagrecht haben oder nicht, wenn das Gericht es am Platze erachtet, die Erlaubniß erwirken, verkaufen zu dürfen, um zahlen zu können. Wegen der Gläubiger, die kein Klagrecht haben, war diese Befugniß nothwendig, um die Frau, die keine Paraphernalgüter hat, nicht in der Unmöglichkeit zu lassen, dem Wunsche, den sie haben kann und haben muß, nachzukommen, ihre eigenen oder ihres Mannes Schulden zu bezahlen; was die Gläubiger anbelangt, die das Klagrecht haben, so ist diese Befugniß auch da von Nutzen, weil sie dieser Frau die Kosten und die Schande einer Expropriation erspart. Die Schulden müssen übrigens ein sicheres, nicht allein der Ehe, sondern auch

---

*) Wann haben die Gläubiger der Frau oder des dritten Dotirenden (wo der Ehevertrag hiefür keine Bestimmung trifft) das Recht, auf die Dotalliegenschaften der Frau zu greifen? Wir müssen bei jeder Klasse von Gläubigern zwischen den Liegenschaften unterscheiden, welche von einem Dritten und zwischen denen, welche von der Frau sich selbst ausgesetzt worden sind.

Bezüglich der Gläubiger der Frau ist so viel gewiß, wenn auch zuweilen das Gegentheil gelehrt wird, daß sie kein Klagrecht auf die von einem Dritten ausgesetzten Liegenschaften haben, weil diese Liegenschaften nur in das Vermögen ihrer Schuldnerin kamen, um darin unveräußerlich, unzugreifbar und außer Verkehr zu sein. Auf die Liegenschaften, welche die Frau sich selbst ausgesetzt hat, haben diese Gläubiger in drei Fällen den Zugriff: — 1. wenn sich die Frau die Gesammtheit ihrer Güter ausgesetzt hat; denn da ihr ganzer Gütercomplex für die Schulden haftbar bleibt, so ist in diesem Falle nur das Dotalgut unveräußerlich, was nach Zahlung der Schulden übrig bleibt; — 2. wenn die Liegenschaft vor ihrer Aussetzung mit Unterpfand zu Gunsten der Gläubiger belastet war; — 3. wenn diese Gläubiger nachweisen, daß die Dotirung zum Abbruch ihrer Rechte geschehen ist; immerhin müssen sie aber die Nutznießung des Mannes respectiren, wenn sie nicht darthun, daß dieser an dem Betruge Theil genommen hat. Außer diesen drei Fällen können die Gläubiger nicht klagen, weil die Dotalliegenschaften, durch ihre Aussetzung, aus dem freien Vermögen der Frau herausgingen, um in ihr unveräußerliches Vermögen überzugehen, wo sie für die Frau oder deren Vertreter ebensowenig disponibel sind, als wenn sie in die Hand eines Dritten übergegangen wären.

Was auf der anderen Seite die Gläubiger des Dritten, der dotirt hat, angeht, so haben sie nie einen Zugriff auf die Liegenschaften, welche sich die Frau ausgesetzt hat, weil solche nie Güter ihres Schuldners waren; sie haben ihn auf die Güter, welche der Dritte ausgesetzt hat, in den drei obigen Fällen und aus den nämlichen Gründen (Art. 1558, III, Zach. l. c. Note 45 u. 46 und §. 538).

dem Ehevertrag vorgehendes Datum haben, damit man nicht die dos, wie sie in diesem Vertrage festgesetzt ist, durch Verpflichtungen schmälern kann, die in der Zwischenzeit zwischen dem Vertragsabschlusse und der Trauung unterschrieben werden (Art. 1558, III, arg. Art. 1404, Zach. §. 537 Note 45).

— 4. Der Verkauf kann ferner für Hauptausbesserungen gestattet werden, die für die Erhaltung einer Dotalliegenschaft nothwendig sind. Bloße Unterhaltungsreparaturen, oder große Meliorationsarbeiten und dergleichen genügen nicht: es müssen Hauptausbesserungen sein, größere Arbeiten, die für die Erhaltung des Guts unumgänglich nothwendig sind (Art. 1558, IV, 605, 1562, Zach. l. c.).

— 5. Die Veräußerung kann endlich gestattet werden für den Dotalantheil, welchen die Frau an einer ungetheilten Liegenschaft besitzt, die für untheilbar erklärt wird und demgemäß versteigert werden muß: das Gericht hat zu konstatiren, daß die Unmöglichkeit, im Stück zu theilen, wirklich vorhanden ist. Wenn der Frau bei der Versteigerung die Liegenschaft zugeschlagen wird, dann ist diese nur zu dem Theile dotal, welcher der Frau ursprünglich gehörte (sofern nicht alle künftigen Güter zur dos ausgesetzt worden sind), da die dos, wie wir wissen, während der Ehe nicht vermehrt werden kann (Art. 1558, V, 1408, 1543, Zach. l. c. Note 48).

128. — Die fünf genannten Fälle haben vier Voraussetzungen gemein, die zur Rechtsgültigkeit der Veräußerung erforderlich sind:

— 1. Ein regelrecht erlassenes Erkenntniß muß den Verkauf auf den Grund gestatten, daß sich die Ehegatten wirklich in einem der gesetzlich vorgesehenen Fälle befinden.

— 2. Damit die Veräußerung in gesetzlicher Weise vor sich gehen kann, darf das Erkenntniß ferner in dieser Hinsicht nicht auf einem Rechtsirrthum beruhen. Liegt nur ein thatsächlicher Irrthum vor (wenn z. B. das Gericht einen Verhaft für ernstlich hält, der nur eine List ist), dann kann der Erwerber nicht beunruhigt werden. Denn das Gericht, und nicht dieser Erwerber, hat den Mangel zu verificiren; wenn aber ein Rechtsirrthum vorliegt, wenn das Gericht eine Thatsache für einen Fall der Veräußerlichkeit erklärt hat, der es nicht war (wenn es z. B. den Verkauf zuläßt, um einen Ehegatten einer ihm *drohenden* Verhaftung zu entziehen, während er nur gestattet werden kann, um ihn *aus dem Gefängniß zu befreien*), dann ist der Käufer, der das Gesetz kennen muß (nemo jus ignorare censetur), nicht sicher und die Richtigkeit seines Erwerbs

muß ausgesprochen werden, wenn in der Folge darauf geklagt wird, so hat auch der oberste Gerichtshof entschieden (Art. 1560, Zach. l. c. Note 51).

— 3. Ferner muß der Verkauf mit den vorgeschriebenen Förmlichkeiten vorgenommen werden, d. h. nach öffentlichen Anschlägen und in Versteigerung.

— 4. Endlich muß jede Summe, die aus dem Verkauf herrührt und die nicht durch das Bedürfniß, welches diesen Verkauf herbeiführte, absorbirt wird, in Liegenschaften angelegt werden, die Dotalgut und unveräußerlich sind. Das Gesetz verlangt diese Anlage ausdrücklich, sogar für den bloßen Ueberschuß über die Bedürfnisse der Ehegatten: mit noch mehr Grund muß solche also geschehen, wenn der ganze Preis in den Händen der Ehegatten verbleibt, d. h. im fünften Falle.

Fehlt eine einzige dieser Voraussetzungen, dann ist der Verkauf nicht in einem der gesetzlich zulässigen Ausnahmsfälle abgeschlossen, es liegt mithin die Veräußerung eines unveräußerlichen Gutes vor und es tritt die Vindication ein, von der wir weiter unten sprechen (Art. 1558, VI, Zach. l. c.)

129. — Die Frage kann zweifelhaft scheinen, ob das Gesetz, indem es die Dotalliegenschaften in den angegebenen Ausnahmsfällen zu veräußern gestattet, damit auch implicite deren Verpfändung erlaubt. Die Verpfändung kann zu einer Veräußerung führen, die nicht im Willen der Frau liegt, und die vielleicht zu ungelegener Zeit oder zu Spottpreisen und mit großen Kosten vor sich geht. In einer Beziehung ist sie also viel härter als die directe Veräußerung, welche wenigstens freiwillig und unter günstigen Umständen vor sich geht: die Verpfändung war wirklich auch im römischen Rechte zu einer Zeit untersagt, wo die Veräußerung erlaubt war. Dieses vorausgeschickt und in weiterer Berücksichtigung, daß unser Code es sich angelegen sein läßt, seine verbietende Grundregel ausdrücklich und gesondert für die Verpfändung wie für die Veräußerung aufzustellen, um dann bei den Verfügungen, die diesem Grundsatze derogiren, nur noch von der Veräußerung und nicht mehr von der Verpfändung zu sprechen, muß man daraus nicht schließen, daß es im Willen des Gesetzgebers lag, keine Ausnahme von dem Verbot der Verpfändung zuzulassen? . . . So gewichtig diese Gründe für die Bejahung sprechen, so müssen wir doch verneinend antworten.

Zunächst müssen wir in's Auge fassen, daß in dem fraglichen Falle das Gesetz den Ehegatten die Veräußerungserlaubniß nicht direct gibt, es gibt nur dem Gerichte die Gewalt, gutfindenden Falls die Veräußerung zuzulassen. Ist nun die Annahme nicht unmöglich, daß das Gesetz den Gerichten die Befugniß versagen wollte, je nach den Umständen eine Unterpfandsbestellung zuzulassen, die im gegebenen Falle vielleicht bedeutend vortheilhafter als eine Veräußerung sein kann?

Damit sind wir aber noch nicht fertig. Wenn das Gesetz die Verpfändung mit der Veräußerung in den Dispositionen, mit denen wir es hier zu thun haben, nicht zusammenfassen wollte, so wollte es sie eben so wenig in der Disposition zusammennehmen, die den Ehegatten gestattet, die Veräußerlichkeit der Dotalliegenschaft zu stipuliren, weil sie in gleicher Weise formulirt ist. Wer kann nun annehmen, daß man im Ehevertrag, diesem so ganz besonders begünstigten Vertrag, das Geding für nichtig erklären müsse, wodurch sich die Ehegatten das Recht vorbehielten, die Dotalliegenschaften zu verpfänden? . . . Unstichhaltig ist hier die Entgegnung, daß, wenn die Ehegatten die Befugniß zu dieser Stipulation nicht im Art. 1557 finden, sie ihnen doch im Art. 1387 gegeben ist. Diese Ansicht bleibt, wenn sie gleich von Autoritäten aufgestellt worden ist, trotz dem ein grober und offenbarer Irrthum, denn dieser Art. 1387, verglichen mit Art. 1388, gibt bei den Eheberedungen die freie Hand nur mit dem ausdrücklichen Verbot, verbietenden Bestimmungen des Code zu derogiren, so daß er das fragliche Verbot eher bestätigt, als er uns darüber hinaushilft. Man muß demnach annehmen, daß unter den gesetzlichen Ausnahmen von dem Verbote, die Dotalliegenschaft zu veräußern, auch die Ausnahmen vom Verbote des Verpfänders mitbegriffen sind.

Die Existenz dieser Ausnahmen findet sich im Art. 7 Code comm. mit dürren Worten bewiesen, indem darin gesagt ist, daß die Dotalliegenschaften in den vom Code Napoleon bestimmten Fällen veräußert oder verpfändet werden können (Art. 1556, IV; 1557, I, Zach. §. 537).

130. — Die vierte und die letzte Kategorie der Ausnahmen von der Regel der Unveräußerlichkeit, welche vom Gesetze direct aufgestellt sind, umfaßt nur einen Fall, nämlich den der Vertauschung. Hier setzt das Gesetz nicht das Vorhandensein der Nothwendigkeit der Veräußerung voraus; da es sich nur darum handelt an die Stelle einer Dotalliegenschaft eine andere Liegenschaft zu setzen, die

ebenfalls dotal werden soll, so genügt, wenn der Tausch nur ein vortheilhafter ist. Weiter wird erfordert, daß die einzutauschende Liegenschaft wenigstens vier Fünftel des Werths der andern hat. Diese Thatsache muß von Sachverständigen konstatirt werden, die das Gericht ernennt, welches auch die Nützlichkeit des Geschäfts zu verificiren hat, ehe es die Ermächtigung ertheilt. Gilt die eingetauschte Liegenschaft weniger als die andere, dann muß das Geld welches die Frau herausbekommt, zum Ankauf einer Liegenschaft verwendet werden, welche ebenfalls dotal und unveräußerlich wird; ist dagegen die eingetauschte Liegenschaft von höherem Werthe, so ist sie doch nicht im Ganzen dotal (den Fall der Dotirung mit künftigen Gütern ausgenommen), wie bei dem Fall der Versteigerung auseinandergesetzt worden ist (Art. 1559, u. arg. Art. 1543, Zach. l. c. Note 53).

131. — Dies sind nun die Ausnahmen, welche der Code von dem Grundsatze der Veräußerlichkeit macht; den Ehegatten gestattet er aber noch viel weiter zu gehen, und für ihre Person den Grundsatz selbst, daß die Dotalliegenschaften vollständig veräußerlich sein sollen, durch die Stipulation in ihrem Vertrag aufzuheben. Jedoch kann das Geding der Veräußerlichkeit von größerem oder geringerem Umfange sein: es kann nur eine bestimmte Art der Veräußerung vorbehalten (während es bezüglich der anderen bei dem gesetzlichen Verbote sein Bewenden behält) oder sie alle gestatten; es kann die Veräußerung entweder unbedingt oder nur unter der Bedingung gestatten, daß ein guter und rechtsgültiger Ersatz beschafft werde.

Man hat die Frage aufgeworfen, ob in der unbedingten Stipulation des Rechts, die Dotalliegenschaften zu veräußern, auch das Recht der Verpfändung enthalten sei. . . . Wir haben gesehen, daß die Ehegatten sich das Recht der Pfandbestellung vorbehalten können, über diesen Punkt sind wir im Reinen; fließt aber dieses Recht, das hiernach ausdrücklich bedungen werden kann, auch aus der Erklärung der Veräußerlichkeit? Der höchste Gerichtshof verneint die Frage, und in der That muß man, trotz des lebhaften Widerspruchs eines bedeutenden Autoren, die Frage so entscheiden. Zwar kann man dafür nicht anführen, daß in der Lehre vom Dotalrechte die einzige gesetzliche Bedeutung des Worts veräußern der beschränkte Sinn sei, der den Begriff der Verpfändung ausschließt, weil diese Ansicht, wie wir gesehen haben (ohne daß der Art. 1387 diese Consequenz beschwören könnte, die er im Gegentheil bestätigt) dazu führen würde, daß man sogar den ausdrück-

lichen Vorbehalt der Verpfändung für nichtig erklären müßte; ebenso wenig kann man geltend machen, daß die weitere, auch die Verpfändung umfassende Bedeutung ihrer Seits der einzige gesetzliche Sinn des Wortes sei, weil das Gesetz den engeren Sinn von vornherein bei Aufstellung seines Verbots adoptirt. Der weitere und der engere Sinn sind einer wie der andere gleich gesetzlich; es ist aber eine Grundregel, daß jedes Geding, welches dem gemeinen Rechte derogirt, stricte zu nehmen ist, und da jede Stipulation des Rechts, zu veräußern oder zu verpfänden, dem gemeinen Totalrecht derogirt, so muß man es im engeren Sinne interpretiren, sofern Nichts auf eine andere Absicht der Vertragspersonen hindeutet (Art. 1557, I, Zach. §. 537, Note 31).

Auch die weitere Frage hat sich aufgeworfen, ob mit dem Vorbehalt des Veräußerungsrechts für Dotalliegenschaften auch das Recht, die fahrende dos zu veräußern, gegeben sei. Da die angebliche Unveräußerlichkeit der Fahrnisse, wie wir wissen, nichts anderes ist, als die Unfähigkeit der Frau, die Verfügungsgewalt, welche hier dem Manne anvertraut ist, auszuüben, so stellt sich die Frage dahin, ob der Vorbehalt die Liegenschaften zu veräußern, zugleich auch das Recht über die Fahrnisse zu verfügen vom Manne auf die Frau überträgt. Das ist nun offenbar nicht der Fall; denn das Realstatut der Veräußerlichkeit der Liegenschaften ändert nichts an der betreffenden Rechtsfähigkeit der beiden Ehegatten bezüglich des Mobiliars. — Auch die Frage ist erörtert worden, ob der Vorbehalt des Veräußerungsrechts auch das Recht, ein Compromiß abzuschließen, in sich begreift; diese Frage ist ohne Anstand zu bejahen; denn es liegt kein Grund vor, warum der, welcher die freie Verfügung über seine Sache hat, nicht auch darüber kompromittiren dürfe (Art. 1557, II, Zach. l. c. Note 30).

132. — Gewährt der Ehevertrag die Veräußerlichkeit nur unter der Bedingung einer Anschaffung zum Ersatze, dann bleiben diese Liegenschaften in allem, was über diese Bedingung hinausgeht, unveräußerlich, und das Unterlassen der Anschaffung von Ersatzliegenschaften begründet, zum Unterschied von dem, was bei der Gütergemeinschaft eintritt, den Widerruf der Veräußerung. Der Erwerber hat hier darauf zu sehen, daß Ersatzliegenschaften in gehöriger und zweckdienlicher Weise angeschafft werden.

Die Wiederanlage muß zunächst regelrecht und den Vorschriften des Vertrags entsprechend beschafft werden. Verlangt der Vertrag z. B., daß der Ersatz im Inlande angeschafft werden solle,

dann genügen Güter im Auslande nicht; Häuser kann man nicht brauchen, wo der Vertrag Ackerstücke fordert 2c. 2c. Verlangt der Vertrag nur Immobilien, dann genügen sogar Staatsrenten oder Aktien der französischen Bank, in sofern sie für liegenschaftlich erklärt sind. — Die Wiederanlage muß ferner von Nutzen sein; da aber der Erwerber, trotz aller möglichen Vorsichtsmaßregeln, in dem vorliegenden Falle selten sicher vor einem Rückgriff ist, so ist die Uebung aufgekommen, nur auf einen Bescheid hin, der zur Zahlung verurtheilt, indem er den Ersatz für gut und gültig erklärt, zu zahlen. — Der Ersatz muß alles das umfassen, was aus dem Verkauf des Dotalguts erlößt worden ist, den Weinkauf oder die Schlüsselgelder so gut als den Hauptpreis. Die Kaufskosten hat aber die Frau zu tragen; es ist nicht mehr als billig, daß die Opfer zur Erhaltung des Vermögens der Frau von ihr getragen werden; wenn für die Güter eine außergewöhnliche Güterrechtsnorm aufgestellt ist, dann kann das nicht auf fremde Kosten geschehen (Art. 1557, III, Zach. l. c. Note 33 ff.).

Das liegt jedoch auf der Hand, daß die Zahlung vorehelicher Schulden der Frau keine Wiederanlage ist, weil die Wiederanlage nur im Erwerb einer neuen Liegenschaft besteht. Die Veräußerung kann zwar immerhin für diesen Fall gestattet werden; sie kann aber, wie wir oben gesehen haben, nur nach öffentlichen Anschlägen und im Steigerungswege stattfinden und nicht durch Verkauf aus der Hand und unter dem Vorwande der Wiederanlage (durch Zahlung der Schulden der Frau), wie es gewisse Gerichte gestatten; denn mit einem Worte, das ist keine Wiederanlage, und ein Verkauf aus der Hand ist eine Verletzung des Grundsatzes der Unveräußerlichkeit (Art. 1557, IV, Zach. l. c.)

3. Von der Sanktion des Grundsatzes der Unveräußerlichkeit.

133. — Ist eine Dotalliegenschaft in anderen als den angegebenen Ausnahmsfällen, oder ohne Einhaltung der im Gesetz oder im Vertrag vorgeschriebenen Bedingungen oder Förmlichkeiten veräußert worden, dann kann die Veräußerung von Seiten der Frau angefochten werden. So lange die Eheleute unter reinem Dotalrechte leben, kann der Mann als procurator der Frau die Klage anstellen; während diese, trotz entgegenstehender Ansichten nicht dazu befugt ist, weil es hier dem Mann allein obliegt, die Inhaber von Dotalgütern gerichtlich zu verfolgen. Ist Vermögensabsonderung eingetreten, dann hat die Frau zu klagen und der

Mann ist nicht mehr dazu befugt, weil hier der Frau die Anstellung aller Klagen aus dem Dotalrechte wieder heimfällt; trotzdem lauft aber die Klagverjährung auch hier nicht, weil die Liegenschaft noch nicht veräußert werden kann und die Frau zudem noch nicht vollständig freie Hand in der Ausübung ihres Klagrechts hat; da diese Klage, wie wir sehen werden, meistentheils noch auf den Mann zurückwirken kann. Ist die Ehe aufgelöst, dann steht die Klage der Frau oder deren Erben zu; da aber die Liegenschaften mit diesem Augenblicke aufhören, dotal und unveräußerlich zu sein, so kann Ratifikation eintreten und die Klagverjährung zu laufen anfangen.

Der Erwerber kann nie, selbst dann nicht auf Auflösung des Kaufs klagen, wenn der Mann allein und in eigenem Namen verkauft hat. Man kann das nicht den Fall des Verkaufs einer fremden Sache nennen, einen Verkauf, der als solcher nichtig und nicht vorgekommen, aber nicht blos widerruflich ist: der Mann, der über die Dotalfahrnisse verfügt, hat auch bezüglich der Liegenschaften so ausgedehnte Machtvollkommenheit, daß, wenn er auch nicht mehr wie zu Rom der dominus dotis ist, er doch auch nicht als Fremder angesehen werden darf, und das Gesetz spricht demzufolge aus, daß ein Verkauf, den der Mann allein, die Frau allein oder beide zusammen vorgenommen haben, nur auf Klage der Frau oder deren Repräsentanten widerrufen werden kann. Und da sogar im Falle eines vom Manne abgeschlossenen Verkaufs auf einen Widerruf, eine Umstoßung des Vertrags geklagt werden muß, so lauft die Verjährung mit zehn und nicht mit dreißig Jahren ab (Art. 1560, I, II und V, 1304, Zach. l. c. Note 10 ff.).

134. — Kann die Klage auf Abtretung, die den Gläubigern des Mannes nie zukommt, weil dieser sie nur als procurator der Frau anstellt, von den Gläubigern der Frau angestellt werden? Es ist dies eine schwierige Frage, die man aber, wie es scheint, verneinend beantworten muß. Die Vindikation der veräußerten Dotalliegenschaft ist etwas Außerordentliches und Ungünstiges, das nicht noch auf andere als die vom Gesetz bezeichneten Personen ausgedehnt werden darf. Ihre Geltendmachung ist eine Frage der Billigkeit, die man dem Gewissen der Frau oder dem der Erben derselben überlassen muß, die auch das Recht als ein diesen ausschließlich persönliches darstellt (Art. 1560, V, 1166, Zach. l. c. Note 12.).

135. — Wenn der Mann bei der Veräußerung mitgewirkt hat, ohne im Akte der Dotalität der Liegenschaft zu erwähnen, dann kann er zur Zahlung von Entschädigung dem evincirten Erwerber

gegenüber verurtheilt werden. Dieser Satz wurde bestritten und die Behauptung aufgestellt, dazu sei erforderlich, daß der Mann zunächst allein und in eigenem Namen verkauft und der Erwerber ferner die Dotalität des Guts nicht irgend wie gekannt habe. Das ist irrig; denn auf der einen Seite erklärt das Gesetz, nachdem es von jeder Veräußerung, sie mag von beiden Ehegatten, der Frau oder dem Mann allein vorgenommen worden sein, gesprochen hat, diesen für entschädigungspflichtig, wenn er die Dotalität im Vertrag nicht erklärt hat, und auf der anderen Seite kann es um so weniger zweifelhaft sein, daß der Gesetzgeber das Letztere durchaus will, weil nach der ersten Redaktion, um noch kräftiger von dem Verkaufe des Dotalguts abzuwenden, dieser Satz an die Stelle desjenigen gesetzt wurde, der verlangte, daß der Erwerber die Dotalität des Guts nicht gekannt habe. Was hat es denn auf sich, wenn der Erwerber die Dotalität gekannt hat? War das ein Grund für ihn, zu glauben, die Eheleute seien unredlich genug, um später das gegebene Wort zu brechen? Die Veräußerung kann umgestoßen werden, denn die Strenge der Dotalregeln will es so; die Frau bleibt stets und selbst dann unbeschädigt, wenn sie ausdrücklich die Garantie übernommen hat, sowohl weil sie geschützt werden soll, als weil so die ausdrückliche Bestimmung des römischen Rechts lautete, das hier keine Spur von Aenderung im Code erlitten hat. Der Mann aber, der keinen Anspruch auf diesen außergewöhnlichen Schutz hat, der Mann, der tanquam potentior für den Anstifter der Veräußerung gilt und im Verdachte steht, sie zu seinem Vortheile veranlaßt zu haben, muß nicht allein den Kaufpreis zurückerstatten, sondern auch Entschädigung zahlen, wenn er sich bei seiner Mitwirkung bei der Veräußerung nicht dadurch seiner Verantwortlichkeit entledigte, daß er die Dotalität erklärte.

Die Vermuthung für den vom Manne gezogenen Gewinn muß aber wegfallen, wenn die Frau den Erlös angelegt und ihn noch in ihrem Besitze hat; sie hat dann diesen Preis zurückzuerstatten (Entschädigung hat sie nicht zu zahlen, dafür haftet stets der Mann, da die Frau immer omnino indemnis bleiben muß). Besitzt die Frau den Preis nicht und der Mann hat sich seiner Seits nicht an dem Verkaufe betheiligt, nicht einmal um seine Frau zu ermächtigen, dann hat der evincirte Erwerber weder einen Anspruch auf Entschädigung, noch auf Rückersatz des Preises (Art. 1560, III u. IV, Zach. §. 355, 537.).

136. — Kann der Widerruf ausgesprochen werden, wenn gerade derjenige darauf klagt, welcher dem evincirten Erwerber Gewähr leisten muß; wenn z. B. der Mann, der für Entschädigung haftet, Erbe der Frau ist? Hier muß man sich an eine Unterscheidung halten, die in der älteren Doktrin allgemein angenommen wurde. Hat der Mann in eigenem Namen verkauft, oder ausdrücklich die Gutsprache übernommen, dann hat die Gewährleistungspflicht, als unter den gewöhnlichen Voraussetzungen des gemeinen Rechts entstanden, volle Wirksamkeit und die Möglichkeit des Widerrufs fällt weg; im entgegengesetzten Falle aber existirt die Gewährleistungspflicht nur mittelst Derogation von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, und man muß sonach, wie es in den älteren Urtheilen immer geschah, das von der Frau auf den Mann übertragene Widerrufsrecht für immer fortbestehend ansehen (Art. 1560, IV, Zach. l. c.).

II. Von der Unverjährbarkeit der Dotalgüter.

137. — Die Dotalfahrnisse, die stets veräußerlich sind, sind auch stets der Verjährung unterworfen; die Liegenschaften aber, worüber der Ehevertrag die Verfügung nicht freigibt, sind als unveräußerlich auch unverjährbar, jedoch sind die Unveräußerlichkeit und Unverjährbarkeit in folgenden drei Punkten verschieden: — 1. die Unverjährbarkeit läßt keine Ausnahmen für irgend einen besonderen Fall zu; — 2. sie findet auf die Liegenschaften keine Anwendung, bei welchen bei Abschluß der Ehe die Verjährung bereits lief; — 3. sie hört mit der Gütersonderung auf.

Diese letzte Regel mag auffallend erscheinen: wie kann das Gesetz dem Erwerb einer Dotalliegenschaft Wirksamkeit geben, den ein Dritter nur mit stillschweigender oder präsumirter Einwilligung der Frau macht, während es den Erwerb verwirft, den die Frau in einem ausdrücklichen Akte verwilligt? Dieses Resultat erklärt sich aus zwei Gesichtspunkten: — 1. wenn die Unveräußerlichkeit als Grundsatz der öffentlichen Ordnung angesehen wird, so ist es der Erwerb durch Verjährung auch, und zwar in viel höherem Grade; — 2. da die indirecte Veräußerung durch Verjährung nur in längerem Zeitverlaufe zu Stande kommt und außerdem die Frau nicht durch Geldempfang verlockt, so bedarf diese hier nicht des gleichen Schutzes, wie bei der directen Veräußerung (Art. 1561, I.).

138. — Hier steht jedoch nur die erwerbende Verjährung, nämlich die in Frage, welche einem bloßen Besitzer das Eigenthum des Dotalguts, das er inne hat, verschaffen will. Die Verjährung, welche derjenige bedarf, dem das Eigenthum (aber widerruflich) an der Liegenschaft sofort zusteht, weil er es von den Eheleuten erworben hat, d. h. die Verjährung, welche von der Vindikation befreit, läuft, wie wir oben gesehen haben, ebenso wenig nach der Gütersonderung als vorher, und beginnt erst nach Auflösung der Ehe. Diese Ansicht, die auch vom höchsten Gerichtshofe getheilt wird, ist von einem neueren ausgezeichneten Schriftsteller lebhaft bekämpft worden, sie bleibt aber trotz dem die einzig richtige, und das angeblich entscheidende Argument, das man gegen sie daraus herleitet, daß das frühere Recht ebenso gut die Verjährung der Revokationsklage als die erwerbende Verjährung zugelassen habe, fällt gar nicht in die Wagschale. Während das frühere Recht hier allerdings jede Art von Verjährung zuließ, hat unser Gesetzgeber, vom entgegengesetzten Standpunkt ausgehend, ursprünglich gar keine zugelassen: der Code verwarf in seiner ersten Fassung, sowohl die erlöschende Verjährung der Revokationsklage, als auch die erwerbende Verjährung für die ganze Dauer der Ehe; erst nachher führte er auf Antrag des Tribunats die letztere, als ausnahmsweise von der Gütersonderung an laufend, ein. Da nun die Derogation von dem Grundsatze bezüglich der einen nicht auch für die andere gilt, so bleibt diese verboten (Art. 1561, II, 2256, Zach. l. c. Note 20 ff.).

Besondere Bemerkung.

139. — Die Eheleute können das Dotalrecht mit dem Gemeinschaftsrecht nach Gutdünken verbinden; und wenn sie einer Seits von jenem nur die Unveräußerlichkeit der Liegenschaften der Frau nehmen können, während sie für alles Uebrige die Gütergemeinschaft gelten lassen, so können sie anderer Seits das Dotalrecht zur Hauptgrundlage ihrer Verbindung machen, indem sie damit nur eine einfache Errungenschaftsgemeinschaft verbinden (Art. 1581, I.).

Im letzteren Falle läßt der Vertrag den ausgesetzten Gütern ihre Dotaleigenschaft (was die Unveräußerlichkeit und Unverjährbarkeit der Liegenschaft und ferner die Verleihung des Rechts der Anstellung der petitorischen Klagen auf Liegenschaften an den Mann nach sich zieht), wirft aber, wenigstens im Allgemeinen, den Ertrag

aller Güter der Frau, selbst der zur dos ausgesetzten, als welche in dieser Hinsicht aufhören Dotalgüter zu sein, in die Gemeinschaft. Anders kann es nur ausnahmsweise dann sein, wenn aus dem Vertrag die Absicht hervorgeht, trotz der Errungenschaftsgemeinschaft dem Ehemann die Nutznießung der dos zu reserviren (Art. 1581, II u. III, 1387, Zach. §. 522, Note 3.).

Sechster Titel.

Von dem Verkaufe.

1. — Hier haben wir nach einander zu prüfen:

— 1. Die Natur des Verkaufsvertrags und dessen Form, bei welcher Gelegenheit wir von der Versteigerung sprechen werden; — die Erfordernisse seiner Existenz oder Rechtsgültigkeit, was umfaßt: die Einwilligung der Parteien und folgeweise die Frage der Rechtsfähigkeit der Personen; die Sache mit Berücksichtigung der Frage, in wie fern diese Sache verkauft werden kann oder nicht; endlich den Preis mit den Regeln über den niederen und den nicht ernstlich gemeinten Preis.

— 2. Die verschiedenen Arten des Verkaufs, namentlich: den unbedingten Verkauf, den Verkauf auf Ziele und den mit aufschiebender oder auflösender Bedingung, insbesondere den unrichtig sogenannten Verkauf auf Wiederkauf; die Verkäufe auf Maas, im Bausch und Bogen, auf Probe, mit Haftgeld und die Verkaufszusagen.

— 3. Die Hauptverbindlichkeiten, welche aus dem Verkauf für den Verkäufer einer Seits und für den Käufer anderer Seits entspringen.

— 4. Die besonderen Regeln für Verkäufe von Forderungen oder anderen Rechten.

Die vorliegende Abhandlung zerfällt also in vier Kapitel.

Erstes Kapitel.

Von der Natur und der Form des Verkaufs und von dessen Erfordernissen.

I. Abschnitt.

Natur und Form des Verkaufs.

2. — Der Verkauf ist ein Vertrag, kraft dessen ein Theil auf einen Anderen das Eigenthum an einer Sache gegen den Preis

überträgt, den dieser zu zahlen sich verpflichtet. Wir sagen er überträgt das Eigenthum, und nicht, wie es oft geschieht, er verpflichtet sich, zu übertragen; denn die Aenderung, die der Code hier mit den früheren Rechtsgrundsätzen vorgenommen hat, besteht nicht blos darin, daß sie eine Verbindlichkeit an die Stelle der anderen (nämlich die Verbindlichkeit, dem Käufer das Eigenthumsrecht zu verschaffen an die Stelle der, ihm den Besitz zu verschaffen) setzt, diese Aenderung liegt tiefer, sie macht den Verkauf zu einem das Eigenthum übertragenden Vertrag, während er früher ein Vertrag war, der nur die Verbindlichkeit dazu erzeugte, so daß nicht erst durch die der Uebereinkunft nachfolgende Uebergabe, sondern durch die unmittelbare und direkte Wirkung dieser Uebereinkunft das Eigenthum übertragen wird.

Der Eigenthumsübergang geht nicht allein dem Verkäufer gegenüber, wie man nach dem Gesetzestexte glauben könnte, durch das blose Einverstandensein, sondern unbedingt Jedermann gegenüber auf diese Weise vor sich, indem diese Frage, die der vorliegende Titel, wie auch der Titel von den Schenkungen unentschieden läßt, weiter unten im Titel von den Unterpfandsrechten in diesem Sinne entschieden wird.

Wenn der sofortige Eigenthumsübergang heut zu Tage auch die normale und gewöhnliche Wirkung des Verkaufs ist, so ist er doch nicht die nothwendige Wirkung, der Verkauf kann auch in gewissen Ausnahmsfällen nur die Verpflichtung, zum Eigenthümer zu machen, erzeugen. Dies tritt ein: — 1. wenn der Verkauf, weil der Gegenstand kein bestimmtes Stück, oder der Preis noch nicht bekannt ist, noch nicht perfect ist; — 2. wenn die Parteien stipuliren, der Käufer solle erst nach einer bestimmten Frist Eigenthümer werden (Art. 1582, 1583, I—III, 1138, 1140, 1141, 2279. S. oben S. 18 ff., Zach. §. 180, 349).

3. — Im Allgemeinen ist der Verkauf keinerlei Form unterworfen, er ist eben so gültig, wenn er mündlich abgeschlossen als wenn er in öffentlicher Urkunde konstatirt wird, und wenn es nothwendig ist, eine öffentliche oder eine Privaturkunde darüber aufzunehmen, so ist dies wegen der Beweisfrage der Fall, keineswegs aber wegen der Frage der Rechtsgültigkeit des Vertrags (Art. 1582, 1583, V, 1341, Zach. §. 351, Note 2).

In gewissen Fällen ist das aber anders. Wir werden z. B. im vierten Kapitel sehen, daß beim Verkauf von Forderungen Förmlichkeiten zur Rechtsgültigkeit Dritten gegenüber erforderlich

sind; wir wissen ferner, daß der Verkauf von Gütern Minderjähriger, Entmündigter ꝛc. ꝛc. nur im Wege öffentlicher Versteigerung und unter Einhaltung der speciell vom Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten, vorgenommen werden kann.

Nach dem Wortlaute des Code könnte man glauben, das sei bei jeder Versteigerung der Fall; das wäre aber irrig. Wenn ein unter Mehreren unabgetheiltes Gut nicht von der Beschaffenheit ist, daß es sich ohne Verlust oder bedeutende Beschwerlichkeit theilen läßt, oder wenn keiner der Miteigenthümer, trotz der leichten Theilbarkeit, das Gut weder zum Theil noch im Ganzen nehmen will, dann tritt die Versteigerung ein, d. h. es wird einer einzigen Person gegen eine Geldsumme zugeschieden, welche unter die verschiedenen Miteigenthümer vertheilt wird. Diese Versteigerung, welche im gesetzlichen Sinne nichts anderes als eine Theilung ist, wenn der Zuschlag an einen der Miteigenthümer geschieht, wird zum Verkauf, wenn das Gut einem Fremden zugeschlagen wird. Wenn alle Miteigenthümer anwesend sind und volle Verfügungsgewalt haben, dann steht es ihnen frei, keine Fremden einzuladen, und wenn sie solche einladen, ihre Versteigerung einzurichten wie ihnen beliebt, und ohne das Gericht oder eine Versteigerung von dem Notar vorzubehalten. Nur im entgegengesetzten Falle müssen Fremde eingeladen und die Förmlichkeiten eingehalten werden, welche im Titel von den Erbschaften und im Code de procédure vorgeschrieben sind (Art. 1686—1688, 819; Zach. §. 350).

II. Abschnitt.

Von den Erfordernissen zur Existenz und zur Rechtsgültigkeit des Verkaufs.

4. — Der Kaufvertrag hat drei wesentliche Elemente: die Einwilligung der Parteien, eine Sache und den Preis.

1. Von der Einwilligung der Betheiligten.

5. — Die Einwilligung, die über Preis und Waare vorhanden sein muß, darf auch hier, wie bei jeder anderen Uebereinkunft, nicht durch Irrthum, Zwang oder Betrug herbeigeführt und muß von rechtsfähigen Personen gegeben sein; außer den allgemeinen Ursachen der Rechtsunfähigkeit hat der Kaufvertrag deren noch einige besondere.

Zunächst ist der Verkauf unter Eheleuten verboten; von dieser Regel gelten aber drei Ausnahmen: — 1. Der Mann kann an

die Frau, und die Frau an den Mann verkaufen, wenn nach vorgängigem Urtheil auf Vermögensabsonderung sich durch die Liquidation ein Ehegatte als Schuldner des anderen darstellt, und ihm zur Zahlung seiner Schuld, Güter abtritt; — 2. Außer diesem Falle der gerichtlichen Vermögensabsonderung kann jedoch nur der Mann an die Frau zur Zahlung einer wirklichen Schuld verkaufen; — 3. Endlich kann die Frau an den Mann verkaufen, ebenfalls wenn auch keine gerichtliche Vermögensabsonderung vorhanden ist, sofern nur keine Gütergemeinschaft vorliegt, um den Mann für eine Summe oder Forderung zu befriedigen, die sie ihm zum Heirathsgut versprochen hatte (Art. 1595, I—III, Zach. §. 351 Note 16 ff.).

Jeder Verkauf unter Eheleuten außer diesen drei Ausnahmsfällen, mag er ein wahrer Verkauf oder nur eine verschleierte Schenkung sein, kann zehn Jahre lang, von Auflösung der Ehe an, angefochten werden. Enthält ein in den Gränzen dieser Ausnahmsfälle abgeschlossener Verkauf für den kaufenden Ehegatten einen indirekten Vortheil, dann ist dieser Vortheil, wie jede andere Freigebigkeit, auf Klage der Vorbehaltserben des Verkäufers der Minderung bis zum Belaufe des Freitheils unterworfen (Art. 1595, IV und V, 913 ff., 1094, Zach. l. c.).

6. — Für absolut unfähig zu kaufen erklärt das Gesetz: — 1. Die Vormünder bezüglich der Güter ihrer Mündel. Die Regel umfaßt jedoch jede Art von Vormündern, sowohl die von Entmündigten, als die von Minderjährigen, die Protutoren oder Contutoren so gut als andere Vormünder; das sehen wir aber, trotz der verschiedenen Ansichten der Autoren und Urtheile, nicht ein, wie die Regel auch auf Gegenvormünder, Pfleger oder Beistände Anwendung finden soll, weil hier eine Ausnahmsbestimmung vorliegt, die als solche nicht ausgedehnt werden darf und weil die hier genannten Personen keine Vormünder sind (Art. 450, Zach l. c. Note 6. §. 116 Note 3). — 2. Jeder Mandatar bezüglich der Güter, die er zu verkaufen beauftragt ist. Nach dem Code Napoleon trat die Unfähigkeit nicht bei dem Sachwalter eines Gläubigers ein, der für ihn auf Liegenschaftsversteigerung klagt; das Gesetz vom 2. Juni 1841 wendet sie aber auch auf ihn an (Art. 711, C. de pr. c. Zach. §. 531, Note 7 und 8). — 3. Die Verwalter bezüglich der Güter von Gemeinden oder Anstalten, welche sie zu verwalten haben. — 4. Endlich alle öffentliche Beamten, bezüglich der Nationalgüter, die sie kraft ihres Amtes verkaufen; diese Regel

muß, troß entgegenstehenden Behauptungen, eben so gut auf den Beamten angewendet werden, der sich beim Verkaufe vertreten läßt, als auf den, der persönlich verkauft, weil hier der Delegirte eben nur das Werkzeug des Delegirenden ist.

In diesen vier Fällen ist der Verkauf auch zehn Jahre lang zu Gunsten derjenigen anfechtbar, in deren Interesse das Verbot gegeben ist (Art. 1596, 450, 911, 1100 u. Art. 711, C. de pr. c.; Zach. §. 116 Note 3 u. §. 531 Note 6 ff.).

7. — Der Code verbietet endlich, bei Strafe absoluter Nichtigkeit und des Ersatzes aller Kosten und Schaden, allen Richtern, Anwälten, Huissiers, Notaren 2c. 2c., die zu einem Gericht beliebiger Instanz gehören, sich Prozesse, streitige Rechte und Ansprüche cediren zu lassen, welche unter der Kompetenz dieses Gerichts stehen. — Das Verbot gilt für Alles, was zur Kompetenz des Gerichts gehört, d. h. für jeden Anspruch, über welchen dieses Gericht auf Anstehen entscheiden muß oder entscheiden kann, so daß die Beamten, Schreiber 2c. 2c. des Kassationshofs demselben für ganz Frankreich und die Kolonieen unterworfen sind, wie die eines Friedensgerichts es nur für den betreffenden Kanton sind; es erstreckt sich aber nicht über diese Kompetenz hinaus und es können somit die Glieder eines Untergerichts Rechte kaufen, für welche ein anderes Untergericht zuständig ist, das mit ihm unter dem gleichen Appellhofe steht, und die Glieder dieses Gerichtshofs können ein Recht kaufen, über welches ein Untergericht ihres Sprengels in letzter Instanz zu entscheiden hat. — Dieses Verbot wird nicht allein, wie die Regel, welche wir im vierten Kapitel bezüglich des Verkaufs streitiger Rechte an beliebige andere Personen aufstellen werden, auf Rechte, die schon im Prozesse liegen, sondern auf alle die angewendet, welche der Art sind, daß dieser Prozeß daraus entsteht; es gilt auch für die pacta de quota litis und läßt keine der Ausnahmen zu, welche diese Regel des vierten Kapitels erleidet. — Da dieses Verbot auf Gründen der öffentlichen Ordnung beruht, so ist der Vertrag nicht blos anfechtbar, sondern geradezu nichtig, so daß hier alle die Consequenzen gelten, welche das gesetzliche Nichtbestehen des Vertrags mit sich bringt (Art. 1597, 1699 ff., Zach. §. 359).

2. Von dem Gegenstande des Verkaufs.

8. — Zum gesetzmäßigen Zustandekommen des Verkaufs gehört, daß die Sache, welche man zu dessen Gegenstand macht,

existirt und nicht seiner natürlichen Beschaffenheit oder gesetzlichen Bestimmung nach außer Verkehr gesetzt sind.

Vor allen Dingen muß die Sache existiren; und wenn man erklärt, man wolle eine Sache verkaufen oder kaufen und diese ist zur Zeit schon zu Grunde gegangen, dann kommt der Vertrag aus Mangel an einem Objekte nicht zu Stande und der Käufer, der die Vertragssumme schon bezahlt hat, kann solche dreißig Jahre lang, als zur Ungebühr und sine causa bezahlt, zurückfordern. Dieses Recht steht ihm selbst dann zu, wenn er bei dem Kaufsabschlusse gewußt, daß die Sache nicht mehr existire, während dies dem anderen Theile unbekannt war. Zwar kann er zur Entschädigung verurtheilt werden und muß für jeden Nachtheil, den er veranlaßt hat, einstehen; aber er kann nie etwas als Kaufpreis schulden, weil beim Mangel eines Gegenstandes kein Verkauf vorliegt (Art. 1601, I, 1304, 2262, Zach. §. 175, 349 Note 14, §. 351 Note 35).

War die Sache nur zum Theil zu Grunde gegangen, dann gibt das Gesetz dem Käufer die Wahl, entweder den Vertrag für nicht geschlossen anzusehen, oder sich mit einer verhältnißmäßigen Herabsetzung des Preises zu begnügen. Da er diese Wahl absolut und und unbedingt hat, so kann er, zum Unterschied von dem, was im Falle einer theilweisen Eviction (mithin im Gefolge eines vollkommen zu Stande gekommenen Vertrags) Rechtens ist, sich für das Nichtbestehen des Kaufs selbst dann entscheiden, wenn der gestörte Theil der Sache nicht bedeutend genug ist, um annehmen zu können, daß er ohne denselben nicht gekauft hätte. Nur dann kann ihm die Wahl versagt werden, wenn dieser Theil so außerordentlich klein ist, daß man annehmen muß, der Käufer nehme dessen Mangel nur zum Vorwand, um das wahre Motiv zu verdecken, welches ihn veranlaßt, auf die Aufhebung zu klagen. — Hatte der Käufer beim Kaufabschluß die theilweise Zerstörung schon gekannt, dann kann er nicht mehr vom Vertrage abgehen oder eine Preisherabsetzung verlangen: er muß so angesehen werden, als habe er anerkannt, die Sache gelte noch den Preis, den er darum gab (Art. 1601, II, 1636, Zach. §. 349 Note 15).

Wurde aber nicht die Sache selbst, sondern nur das verkauft, was von dieser Sache sich noch erhalten haben mag, dann ist der Verkauf selbst dann vollgültig, wenn gar Nichts übrig blieb, weil in diesem Falle der Gegenstand des Vertrags ganz einfach in einer Möglichkeit besteht, Alles, Wenig oder Nichts zu bekommen und

diese Möglichkeit wirklich vorhanden war. Selbstverständlich finden obige Entscheidungen auch auf den Fall eines Verkaufs Anwendung, der einen Inbegriff von mehreren Sachen zum Gegenstande hat, von welchen alle, eine oder mehrere nicht mehr existiren (Art. 1601, III, Zach. l. c.).

9. — Auf der andern Seite darf die Sache nicht außer Verkehr sein, mag dies ihrer natürlichen Beschaffenheit nach oder kraft gesetzlicher Bestimmungen, wenn auch nicht absolut, so doch wenigstens bezüglich des Kaufvertrags der Fall sein.

Diesem Grundsatze nach darf man keine fremde Sache verkaufen. Zu jener Zeit konnte man dies, wo der Verkauf nur die Verbindlichkeit erzeugte, den Besitz zu verschaffen; es wäre auch noch zulässig, wenn er nur die Verbindlichkeit nach sich zöge, das Eigenthum zu übertragen; so wie aber die Wirkung des Verkaufs nicht die ist, eine Verbindlichkeit zu erzeugen, sondern das Eigenthum unmittelbar zu übertragen, ist dieser Vertrag nur bei einer Sache möglich, die dem Verkäufer gehört und jeder Verkauf einer fremden Sache ist gesetzlich nichtig und nicht existirend. Ueber die juristischen Consequenzen dieser Nichtigkeit des Verkaufs einer fremden Sache herrscht großer Streit; unsere Ansicht darüber ist folgende:

Da das Rechtsgeschäft gesetzlich nicht existirt, so ist es nicht genug, dem wahren Eigenthümer der Sache das Recht zuzuerkennen, sie zu vindiciren, so lange sie noch nicht durch Verjährung erworben ist, man muß noch außerdem dem Käufer nicht allein das Recht zuerkennen, die Zahlung des Preises zu verweigern, indem er die Sache zurückläßt oder zurückgibt, sondern auch das Recht, diesen Preis, wenn er bereits bezahlt, während dreißig und nicht blos zehn Jahren, wie häufig gelehrt wird, zurück zu verlangen, denn der Zeitraum reducirt sich nur dann auf zehn Jahre, wenn es sich darum handelt, einen anfechtbaren Vertrag umzustoßen, während hier der Verkauf gar nicht existirt. Dieses Recht hat der Käufer selbst dann, wenn er gewußt hat, daß die Sache dem Verkäufer nicht gehört, während dieser es nicht wußte: sein unredliches Verfahren kann zwar, abgesehen von den Vertragskosten, die er zu zahlen hat, seine Verurtheilung zur Entschädigung nach sich ziehen; aber trotzdem liegt kein Verkauf vor und es kann mithin von keiner Schuld eines Kaufpreises die Rede sein. — Bei dem Verkäufer hängt die Beantwortung der Frage, ob er das Nichtbestehen des Vertrags geltend machen kann, von einer Unterscheidung ab. So

lang die Sache noch nicht überliefert worden ist, kann er es geltend machen, um die Uebergabe, auf die er belangt wird, zu verweigern; denn daraus, daß er einen ersten unerlaubten Akt vorgenommen, indem er eine fremde Sache verkauft hat, kann man keinen Grund herleiten, daß er noch einen derartigen zweiten durch die Uebergabe vornehmen soll; seine Pflicht ist es, sich mit dem Eigenthümer zu verständigen und ihm entweder das Gut abzukaufen, um dadurch seinen eigenen Verkauf rechtsbeständig zu machen, oder es ihm zurückzugeben, wenn er sich weigert, es zu verkaufen, und dem Käufer außerdem volle Entschädigung zu leisten. Ist die Sache überliefert, dann kann er die Nichtexistenz nicht mehr entgegen halten, um sich diese Sache zurückgeben zu lassen. Denn wenn die Nichtigkeit des Verkaufs bewirkt, daß die Sache dem Käufer nicht gehört, so kann sie nicht bewirken, daß sie dem Verkäufer gehört: der Eigenthümer allein hat das Recht, auf Rückgabe des Guts zu klagen; und die einzige Pflicht des Verkäufers diesem Eigenthümer gegenüber besteht darin, ihn zu benachrichtigen, damit er, für den Fall er sich weigert zu verkaufen, selbst evincirt, wofür er, der Verkäufer, sodann den Käufer zu entschädigen hat (Art. 1599, I—III, 1304, Zach. §. 351, Note 25 und 35).

10. — Daraus, daß der Verkäufer einer fremden Sache gehalten ist, die Rolle eines Verkäufers sammt ihren Consequenzen auf sich zu nehmen, so weit es ihm gesetzlich möglich ist, folgt, daß wenn er aus irgend einem Grund Eigenthümer der Sache wird, der Verkauf augenblicklich perfect wird und das Eigenthum auf den Käufer übergeht: mit dem Augenblick, wo der Verkäufer Eigenthümer geworden ist, trat die Verbindlichkeit ein, das Eigenthum zu übertragen, und da in unserem Recht diese Verbindlichkeit mit ihrer Entstehung auch ipso jure vollzogen ist, so ist der Käufer unmittelbar Eigenthümer geworden und kann den Verkauf nicht mehr anfechten. Nur dann wäre es anders, wenn das Zusammentreffen der beiden Eigenschaften eines Verkäufers und Eigenthümers in der nämlichen Person erst stattfände, nachdem die Signification der Klage auf Nichtigkeit des Verkaufs durch den Käufer bereits stattgefunden hat: hier hat der Käufer durch Anstellung der Klage die Wirkungen, welche der Vertrag etwa erzeugt, auf die Seite gesetzt, er hat auf den eventuellen Erwerb des Eigenthums verzichtet, und da sein Wille, Eigenthümer zu werden, zu der Zeit nicht mehr existirt, wo dieses Eigenthum ihm dargeboten wird, so ist der nichtige Verkauf nichtig geblieben und er behält das Recht, ihn für

nicht bestehend erklären zu lassen. Natürlich ist das rein in seinen freien Willen gestellt, und es bleibt ihm frei, seine Klage zurückzuziehen, um das ihm gebotene Eigenthum anzunehmen. — Ebenso verhält es sich, wenn der Verkauf von dem wahren Eigenthümer ratificirt wird. Erfolgt diese Ratification, ehe der Käufer die Klage erhoben hat, dann ist der Verkauf fortan unanfechtbar; erfolgt sie nachher, dann hat der Käufer die Wahl, die Nichtigkeit aussprechen zu lassen oder den Verkauf aufrecht zu erhalten.

Uebrigens sieht man leicht ein, daß kein Widerspruch in dem gesetzlichen Nichtbestand des Verkaufs einer fremden Sache und dem Rechte des gutgläubigen Käufers liegt, die Früchte zu gewinnen, Entschädigung zu verlangen und in zehn oder zwanzig Jahren bei Liegenschaften und augenblicklich bei Fahrnissen verjähren zu können: irrig ist die zuweilen aufgestellte Behauptung, daß man nicht den Nichtbestand eines Rechtsgeschäfts behaupten könne, wenn man dieses Rechtsgeschäft Wirkungen erzeugen lasse; denn die fraglichen Rechte sind keineswegs Wirkungen des Verkaufs als solchen, sie sind die Wirkung des erlittenen Schadens oder des gutgläubigen Besitzes. — Augenscheinlich liegt kein Verkauf einer fremden Sache, sondern ein vollgültiger Vertrag in dem Rechtsgeschäfte, in welchem ein Theil dem andern gegenüber blos gut dafür steht, ihm das Eigenthum an einer Sache, die einem Dritten gehört, zu verschaffen (Art. 1599, IV—VI, Zach. §. 351).

11. — Zu den durch das Gesetz außer Verkehr gesetzten Sachen gehört die Verlassenschaft einer noch lebenden Person: der Verkauf einer solchen Verlassenschaft, in ihrem ganzen Inbegriffe wie bezüglich einzelner Bestandtheile, wird als den guten Sitten widerstreitend angesehen, wenn er auch mit der Bewilligung des de cujus abgeschlossen wird; und man hat dreißig Jahre, wenn auch einige Autoren auf kuriosem Wege zu einem entgegengesetzten Schlusse kommen, zur Erhebung der Klage, um den gesetzlichen Nichtbestand des Vertrags konstatiren zu lassen. Hatte man um einen Preis eine künftige Verlassenschaft und gegenwärtige Güter verkauft, dann ist der Verkauf im Ganzen nichtig, da die Richter für diese letzteren keinen Preis bestimmen können, als welcher nur von den Betheiligten festgesetzt werden kann; es wäre denn, daß sich der Käufer dazu verstände, für die gegenwärtigen Güter allein den ungeschmälerten festgesetzten Preis zu bezahlen (Art. 1600, 791, 1130, 1591, vergl. mit 761, 1076, 1082, 1684, 1091, Zach. §. 345 Note 10 ff.).

12. — Besondere Gesetze rechnen unter die Sachen, deren Verkauf verboten ist, die heimlichen Waffen (wie Stilette, Dolche, Taschenpistolen ꝛc.) und Früchte auf dem Halme, ausgenommen in gewissen Fällen. — Hierher müssen ferner als ihrer natürlichen Beschaffenheit nach außer Verkehr stehend gezählt werden, die Abdankung von allen öffentlichen Aemtern, bezüglich deren nicht das Gesetz vom 28. April 1816 gestattet, um eine Geldsumme über die Präsentation eines Nachfolgers zu handeln. Zwar sind die Rechtsgelehrten über diese Frage nicht einig; die Grundsätze können aber doch nicht zweifelhaft sein. Wenn eine öffentliche Beamtung keine Sache im Verkehr ist, dann ist es das Abtreten von dieser Beamtung ebenso wenig; dieses Abtreten duldet keine anderen Parteien, als den Beamten der abtritt und die Staatsgewalt, welche das Abtreten annimmt, mithin kann es, abgesehen von der Ausnahme, welche das Gesetz vom Jahr 1816 aufgestellt, nicht Gegenstand eines Privatvertrags, eines Geldhandels sein. Ein solcher Vertrag ist, als der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufend, unheilbar nichtig und es kann somit die Summe, die im Vollzug desselben bezahlt worden ist, im Laufe von dreißig Jahren zurückgefordert werden. Das ist selbst dann der Fall, wenn der, welcher die Summe bezahlte, das Amt erhalten hat; denn dieses Amt, welches nicht von Abtretenden, sondern von der Staatsbehörde verliehen worden ist, kann im gesetzlichen Sinne nicht der Preis der gezahlten Summe sein; je nach den Umständen ist es ganz in der Ordnung, wenn die Gerichte im einzelnen Falle anerkennen, daß dem Abtretenden von dem andern Theile ein Schaden verursacht wurde und diesen zu einer Entschädigung verurtheilen, die zuweilen dem vereinbarten und bezahlten Preise gleichkommt; aber das ist offenbar irrig, wenn man mit einem Autor sagt, die Summe könne als Vertragspreis, als eine zur Gebühr bezahlte Summe behalten werden (Art. 1598, I und III; Gesetz vom 28. April 1816, Art. 91; Zach. §. 171 a. E.).

Die letzte Klasse, die nicht vollständig außer Verkehr aber auch nicht absolut im Verkehr ist, bilden die Geistesprodukte. Bei literarischen, wissenschaftlichen oder Kunstschöpfungen ist es offenbar, daß der Verleger, von dem man gewöhnlich sagt, er kaufe das Werk, daran kein wahres Eigenthum, sondern nur ein Recht zur Ausbeutung erwirbt; dem Verfasser steht es außerdem stets frei (vorbehaltlich der Entschädigung im geeigneten Falle), mit dem Werke solche Veränderungen vorzunehmen, die er für nothwendig erachtet, und sogar je nach den Umständen dessen Veröffentlichung einzu-

stellen. Was verkauft werden kann und verkauft wird, ist nur ein beschränktes Ausbeutungsrecht, das dem Ermessen des Verfassers unterliegt (Art. 1598, II, Zach. §. 359 b).

3. Von dem Kaufpreise.

13. — Zum Zustandekommen des Kaufvertrags ist unumgänglich nothwendig, daß ein in Geld bestehender Preis da ist, daß dieser Preis hinreichend bestimmt oder bestimmbar, und endlich daß er ernstlich gemeint ist; zur Rechtsbeständigkeit des Verkaufs ist außerdem erforderlich, daß dieser Preis nicht zu nieder steht. Wo die drei ersten Erfordernisse mangeln, da ist kein Kauf vorhanden; ist der Preis zu nieder, dann besteht der Verkauf, er ist aber anfechtbar.

a. Von dem Falle, wo der Verkauf nicht zu Stande kommt, weil es am Preis fehlt.

14. — Zunächst muß der Preis in Geld bestehen; ohne dies und wenn die Veräußerung der Sache für andere Werthe verwilligt worden ist, haben wir keinen Verkauf, sondern einen Tausch, und die Wirkungen des Vertrags sind nicht mehr die gleichen. Was versteht man aber unter Preis in Geld? Sind hier Lebensmittel mit einem bekannten Marktpreise, ein Lebensunterhalt in natura und andere ähnliche Werthe als Aequivalent des Geldes und als wahrer Kaufpreis anzusehen? Diese sehr bestrittene Frage muß nach den Umständen beantwortet werden; und wenn man auch zugeben muß, daß diese Sachen meistens nur zu einem Tausche dienen können, so muß man doch auch anerkennen, daß sie zuweilen auch, namentlich in Bezug auf eine Liegenschaft, einen Kaufpreis vorstellen können, denn sonst dürfte man (was noch niemand gewagt hat) die Veräußerung dieser Liegenschaft selbst dann nicht für einen Verkauf halten, wenn sie für eine Rente vorgenommen wurde, weil eine Rente auch keine Geldsumme ist. Wir müssen also sagen: der Preis kann in einer Geldsumme oder in Sachen bestehen, welche man gewöhnlich einer Geldsumme gleich stellt, sofern auch die Absicht der Betheiligten darauf gerichtet war (Art. 1592, I; Zach. §. 349 Note 17 ff.).

15. — Der Preis muß ferner hinreichend bestimmt oder bestimmbar sein. Die Betheiligten müssen nämlich den Preis entweder selbst festsetzen (direkt oder mit Bezug auf einen beliebigen Kurs oder durch irgend ein anderes indirektes Mittel), oder sich da,

wo keine augenblickliche Fortsetzung stattfindet, wenigstens so binden, daß dieser Preis später, ohne einen neuen Willensakt von ihrer Seite, als Folge der früher gegebenen Einwilligung festgesetzt werden kann. Dies tritt ein, wenn die Betheiligten verabreden, daß der Preis von bestimmten Sachverständigen oder allgemein von einem oder mehreren Sachverständigen, welche sie oder das Gericht aufstellen werden, festgesetzt werden soll. Sind die Betheiligten übereingekommen, den oder die Experten selbst zu ernennen, und haben sie sich nicht die Befugniß vorbehalten, wenn die Ernennung verweigert wird, das Gericht in Anspruch zu nehmen, dann ist der Vertrag nicht zu Stande gekommen, weil sie nicht gebunden sind; und wenn die ernannten Sachverständigen sterben oder die Wahl ablehnen, dann liegt kein Verkauf vor, weil die Bedingung nicht eingetreten ist, von der er abhängig gemacht war (Art. 1592, II; Zach. l. c.).

16. — Zum Zustandekommen des Kaufvertrags genügt es nicht, wenn ein Preis in Geld oder einem Aequivalent vorliegt und hinreichend bestimmt ist, dieser Preis muß auch ernstlich gemeint sein; denn eine Uebereinkunft, sie mag einen Gegenstand haben welchen sie will, ist nur dann ein juristischer Akt und kann nur dann zu einem Vertrage werden, wenn sie ernstlich eingegangen worden ist. Wenn ich z. B. erkläre, ich wolle Dir mein Landgut (im Werthe von 80,000 Frs.) um einen Thaler verkaufen, dann liegt offenbar kein wahrer Kauf vor, so wenig als ein wahrer Tausch, wenn ich erkläre, ich wolle es Dir gegen Deinen Sperling vertauschen.

Dieser so einfache Satz, der gar nicht darnach beschaffen ist, irgend welche Schwierigkeit zu machen, hat doch zu einer lebhaften Controverse Veranlassung gegeben, die nur Folge der großen Verwirrung ist, in die hier einige Autoren und zahlreiche Urtheile gerathen sind. Es wurde die Behauptung aufgestellt, der Preis sei nicht nur dann kein ernstlich gemeinter, wenn er nur aus Scherz, nugatorie gesetzt ist, sondern auch dann immer, wenn er zu nieder ist, als daß ihn die Betheiligten für das Aequivalent der Sache hätten ansehen können. Das ist aber ein handgreiflicher Irrthum, der sich drei Mal für ein Mal widerlegen läßt.

Wenn ich Dir, gedrängt durch Mangel an baarem Gelde, mein Landgut, im Werthe von 80,000 Frs., um 15—20,000 Frs. verkaufe, dann ist es klar, daß wir diesen Preis als das Aequivalent der Sache in der Weise nicht ansehen konnten, daß dieser Preis nach obiger Lehre nicht ernstlich gemeint wäre. Im Gegentheile es

ist sehr einleuchtend, daß dieser Preis ernstlich, sehr ernstlich gemeint vereinbart wurde; nichts auf der Welt ist ernstlicher gemeint, als meine Resignation, ein ungeheures Opfer zu bringen, um meinen Kindern Brod zu geben oder unerbittliche Gläubiger zu befriedigen, und Dein Entschluß, meine Lage zu benutzen, um mein Gut um einen Spottpreis zu erhalten. — Wenn es mir auf der andern Seite einfällt, mein Landgut im Werth von 80,000 Frs. gegen ein Haus im Werthe von 15,000 Frs. zu vertauschen, oder es Dir um 500 Frs. jährlich zu verpachten, während es baare 2000 Frs. erträgt, oder Dir Dein 15,000 Frs. werthes Haus um 80,000 Frs. abzukaufen, dann muß jedermann zugeben, daß der Vertrag vollkommen ernstlich gemeint ist; warum sollte er es auch nicht sein, wo das Mißverhältniß gerade das nämliche ist? — Es läßt sich kein Grund und kein Vorwand auffinden, warum man beim Verkaufe eine Regel bezüglich der Preisniedrigkeit anwenden soll, die man bei gleicher Niedrigkeit, entweder der Sache im gleichen Vertrage, oder der einen Sache beim Tausche, oder der Sache oder des Preises bei der Miethe, für unzulässig hält, ja dieser Fall der Preisniedrigkeit beim Verkauf ist gerade der, bei dem diese Ansicht unzulässiger ist als bei allen anderen. Dieser Fall ist nämlich der einzige, für den das Gesetz glaubte eine specielle Regel aufstellen zu müssen; diese Regel, die bestimmt ist, dem Verkäufer einen ganz besonderen Schutz zu gewähren, begnügt sich damit, daß sie sagt, dieser Verkäufer könne, sofern es sich um Liegenschaften handelt und der Käufer nicht eine Preisergänzung anbietet, innerhalb zwei Jahren auf Aufhebung des Vertrags klagen. Wenn dem nun also ist, so hindert demnach dieser Umstand einer Preisniedrigkeit das Zustandekommen des Vertrags nicht; ein Preis hört nicht darum schon auf, ein ernstlich gemeinter zu sein, weil die Betheiligten ihn nicht als das Aequivalent der Sache betrachten konnten; nach dem gewöhnlichen Wortsinn ist ein Preis, er mag so klein sein als er will, dennoch ernstlich gemeint, wenn er bestimmt und in der festen Ueberzeugung gesetzt wurde, daß er bezahlt werde (Art. 1592, III, 1674 ff.; Zach. §. 349, Note 24.).

b) Von der Aufhebung des Verkaufs wegen Unzulänglichkeit des Kaufpreises.

17. — Wenn der Verkaufspreis in einem solchen Mißverhältniß zum Werth der Sache steht, daß er als ein wahrer Spottpreis erscheint, dann kommt das Gesetz dem Verkäufer zu Hülfe, wenn es sich um Liegenschaften handelt; es betrachtet die Einwilligung

als eine durch eine Art moralischen Zwangs erwirkte, welcher auf den Verkäufer durch unglückliche Verhältnisse, in denen er sich befindet, geübt wurde, und gibt deßhalb die Ermächtigung, den Vertrag gerichtlich umstoßen zu lassen. Der Preis ist zu nieder, wenn er keine $^5/_{12}$ des Werths erreicht (Art. 1674, I.).

Nur bei Liegenschaften ist diese Aufhebung wegen Verkürzung zuläßig; sie ist es aber für alle Liegenschaften, körperliche wie unkörperliche, indem das Gesetz keinen Unterschied macht. Waren Liegenschaften und Fahrnisse zusammen um einen gemeinschaftlichen Preis verkauft worden, dann muß eine Schätzung eintreten, um den Theil dieses Preises zu bestimmen, den es auf die Liegenschaften trifft, und die Aufhebung bezüglich derselben tritt ein, wenn der Preis unter $^5/_{12}$ ihres Werthes steht (Art. 1674, I, Zach. 358).

Man sagt gewöhnlich, ein Verkauf könne wegen Verkürzung nicht angefochten werden, wenn er ein Glücksvertrag ist. Das ist irrig. Ein Verkauf ist ein Glücksvertrag, wenn die Möglichkeit vorhanden ist, daß mehr oder weniger bezahlt werden muß; um die Verkürzung zu beseitigen, genügt die einfache Möglichkeit, mehr oder weniger bezahlt zu erhalten, nicht, es muß eine Möglichkeit vorliegen, daß mehr oder weniger als der Werth der Sache bezahlt werden muß. Nun ist es aber klar, daß, wenn eine Möglichkeit eines Verlustes (statt der Möglichkeit eines Gewinns) nur die Möglichkeit eines noch größeren Verlustes gegen sich hat, diese Möglichkeit, weit entfernt die erstere zu neutralisiren und die Verkürzung zu beseitigen, sie im Gegentheil noch schwerer in die Wagschale fallen läßt. Wenn nun die Möglichkeit, die nur von Verlust zu Verlust geht, sogar in ihrem minimum über $^7/_{12}$ des wahren Preises steigt (und der Verkäufer noch vorhanden ist), dann versteht es sich von selbst, daß die Aufhebung Platz greift (Art. 1674, II; Zach. §. 358, Note 2).

18. — Jedes Geding, wodurch der Verkäufer auf die Rescissionsklage verzichtet, oder den Mehrwerth des Guts schenkt, wird mit Recht vom Gesetze für nichtig erklärt, wenn es im Verkaufsakte selbst enthalten ist. Daraus darf man aber nicht schließen, wie mehrere Autoren thun, daß eine derartige Erklärung immer wirksam sei, wenn sie nur in einem späteren Akte abgegeben wird. Hier ist der Akt nichtig oder gültig, je nachdem der Richter im einzelnen Falle erachtet, die Erklärung sei das Resultat

eines freien Willens oder ebenfalls mit dem nämlichen Fehler behaftet, wie der Verkauf (Art. 1674, III; Zach. l. c. Note 4).

19. — Die Aufhebungsklage kann nur innerhalb zweier Jahre, vom Verkaufstage an gerechnet, angestellt werden. Diese Frist lauft gegen alle Personen, selbst gegen die, zu Gunsten derer die Verjährung gewöhnlich suspendirt ist. Zu welchem Zeitpunkt auch geklagt wird — immer dient der Werth als Basis der Rechnung, welchen die Liegenschaft im Augenblick des Verkaufs hatte, und nicht der mehr oder weniger hohe, den sie zu diesem Zeitpunkte erreicht haben mag (Art. 1676, I, 1684, 1304 u. 1305; Zach. l. c.)

Die Klage kann nicht mehr angestellt werden, wenn die Liegenschaft ohne Verschulden des Käufers zu Grunde ging, weil die Verbindlichkeit zur Zurückgabe dieser Liegenschaft, die einzige, welche aus dem Ausspruch der Aufhebung entspringen konnte, wegen mangelnden Gegenstandes nicht zur Entstehung kommen kann. Ging die Liegenschaft durch sein Verschulden zu Grunde, dann kann er zum Ersatze des Schadens verurtheilt werden, den er dadurch verursachte, daß er die Rückgabe des Guts unmöglich gemacht hat. Ging endlich die Liegenschaft ohne Verschulden des Käufers erst zu Grunde, nachdem er sie um einen höheren Preis weiter verkauft hatte, dann kann der Verkäufer die Aufhebung aussprechen lassen und sich darauf stützen, daß, da die Sache ihm immer gehört habe, *sein* Gut weiter verkauft worden ist, mithin der Kaufpreis vom Käufer zur Ungebühr eingezogen wurde und ihm, dem Verkäufer, bezahlt werden müsse (Art. 1676, II, Zach. §. 358).

20. — Die Aufhebung kann nie de plano und in dem ersten Erkenntnisse ausgesprochen werden, sondern erst nach Erhebung eines Gutachtens, welche durch dieses erste Erkenntniß angeordnet wird. Mit Unrecht hat man dies in dem Falle verneint, wo die Verkürzung sofort dargethan erscheint; denn der Gesetzgeber, der ursprünglich für diesen Fall eine Ausnahme von seiner Regel aufgestellt hatte, hat solche später mit der Erklärung zurückgenommen, daß man sich auch hier an die Regel halten müsse. — Wenn nun das Gericht auch stets gehalten ist, die Erhebung eines Gutachtens von Sachverständigen anzuordnen, so ist es doch nicht gehalten, deren Urtheil zu adoptiren, und es kann, nachdem es sich die Sache auf irgend andere Weise klar gemacht hat, die Verletzung über $^7/_{12}$ annehmen, welche die Erklärung der Experten in Abrede stellt oder vice versa (Art. 1677—1680, I, II; Zach. l. c.).

21. — Die gesetzliche Wirkung der Aufhebung besteht darin, daß der Verkauf für nicht abgeschlossen gilt; dies kann der Käufer aber dadurch abwenden, daß er bis zum wahren Preis, nach Abzug von $^1/_{10}$ desselben, Nachzahlung leistet. Daraus, daß dies nur eine Befugniß des Käufers, dessen Verbindlichkeit hier nur fakultativ und nicht alternativ ist, somit nur einen Gegenstand, nämlich die Zurückgabe der Liegenschaften hat, folgt, daß die Klage des Verkäufers stets eine liegenschaftliche ist. — Ebenso gewiß ist es, trotz der entgegengesetzten Ansicht einiger Autoren, daß diese Klage dem Käufer gegenüber, der das Gut noch besitzt, eine gemischte, dem gegenüber, der sie nicht mehr hat, eine persönliche und gegen den spätern Erwerber eine dingliche ist. Es ist einleuchtend, — 1. daß die Klage, welche gegen den Käufer, welcher noch im Besitz ist, gerichtet wird, aus Persönlichem und Dinglichem zusammengesetzt ist, weil hier das Begehren zu gleicher Zeit darauf geht, daß der Käufer für verpflichtet erklärt werde, den abgeschlossenen Vertrag umstoßen zu lassen und er, in Folge der Aufhebung, für den Inhaber eines Gutes erkannt werde, das dem Kläger gehört; — 2. daß das erstere allein vorliegt, wenn der Käufer zu einer Zeit angegriffen wird, wo er nicht mehr besitzt; — 3. daß das letztere, d. h. eine reine Vindication vorliegt, wenn gegen den dritten Erwerber geklagt wird (Art. 1682, I, 1656, V, Zach. l. c. Note 11).

22. — Entschließt sich der Käufer zur Preisaufbesserung, dann muß er auch die Zinsen daraus zahlen, aber erst vom Tage der Anstellung der Umstoßungsklage an, indem das Gesetz von den zwei entgegengesetzten Ansichten der früheren Rechtslehrer die für den Käufer am wenigsten drückende vorzog, nämlich die, welche annahm, daß er bis zur Klaganstellung in gutem Glauben besitzen konnte. Er muß auch an die Staatskasse den entsprechenden Accis nachzahlen. — Läßt der Käufer dagegen den Verkauf wirklich umstoßen, dann muß er die Liegenschaft und die Früchte, jedoch erst von der Klaganstellung an, zurückgeben, und Vergütung für die Verschlimmerungen leisten, aus welchen er Gewinn gezogen hat. Was die anbelangt, aus denen er keinen Vortheil gezogen hat, so ist es der Absicht des Gesetzgebers entsprechend, wenn man den Käufer, der als gutgläubig angesehen wird, nur die zahlen läßt, welche später als die Klage sind, nicht aber auch die anderen, sofern nicht dargethan wird, daß er bei diesen in bösem Glauben gehandelt hat. Der Verkäufer muß den Kaufpreis sammt Zinsen

vom Tag der Klage an zurückgeben, nebst dem Mehrwerth aus den vom Käufer herrührenden Meliorationen und dem Betrag der nothwendigen Ausbesserungen; die Vertragskosten hat er nicht zu zahlen, weil er keinen Vortheil daraus zieht, und die Zurückgabe unvollständig würde, wenn man ihn diese Kosten tragen lassen wollte (Art. 1682, II; Zach. §. 358, Note 12 ff.).

In Ermangelung des Käufers kann auch ein späterer Erwerber sich zur Preisaufbesserung erbieten. Kommt dies nicht vor, dann wird sowohl das Recht des Käufers als auch alle dinglichen Rechte aufgehoben, die dieser etwa auf die Liegenschaft bestellt hat (Art. 1682, III; Zach. l. c.).

23. — Dem Prinzipe nach sollte die Staatskasse, wenn die Umstoßung eintritt, auch die Gebühren für den Eigenthumswechsel wieder herauszahlen, weil dieser Eigenthumswechsel als gesetzlich nicht dagewesen angesehen wird; von diesem Prinzipe weicht aber der Art. 60 des Gesetzes vom 22. frim. VII ab, indem er erklärt, daß eine Gebühr, die rechtmäßig bezogen worden ist, niemals zurückgegeben werden darf, was auch in der Folge eintreten mag. Man wollte sogar noch weiter gehen. Der Kassationshof hat entschieden, daß der Verkäufer selbst den entsprechenden Accis für die zurücknehmende Liegenschaft zahlen müsse, weil der Art. 68 des erwähnten Gesetzes nur die Urtheile, welche die Aufhebung des Vertrags wegen **unheilbarer Nichtigkeit** aussprechen, mit der einfachen festen Gebühr von 3 Frs. belegt, und die Umstoßung nicht ein Fall unheilbarer Nichtigkeit, sondern eine einfache Vernichtung sei. Das ist irrig, das allegirte Gesetz bediente sich der Worte unheilbare Nichtigkeit in ihrem uneigentlichen Sinne, um damit die Vernichtbarkeit des Aktes anzudeuten. Diese Wahrheit, die schon zur Genüge aus dem Umstande hervorleuchtet, daß sich der Code allenthalben in der Weise ausdrückt, findet ferner ihren Beweis in dem angerufenen Satze selbst, als welcher von Urtheilen redet, die auf den Grund unheilbarer Nichtigkeit die Aufhebung des Vertrags aussprechen: nun kann man aber nur Verträge aufheben, die bestehen, und es ist demnach hier von vernichtbaren und nicht von eigentlich nichtigen und nicht bestehenden Verträgen die Rede. Der Art. 69 belegt auch nur die Wiederkäufe und Rückcessionen mit dem entsprechenden Accis, nicht aber auch die Aufhebungen und Vernichtungen von Verkäufen (Art. 1682, III).

24. — Wenn Elend und eine bedrängte Lage zum Verkaufen zwingen können, so zwingen sie doch nie zum Kaufen; und darum glaubte der Code, zum Unterschiede vom älteren Rechte, dem Käufer die Aufhebung wegen Verkürzung versagen zu müssen (Art. 1683, Zach. §. 358, Note 5).

Dem Verkäufer selbst ist das Klagrecht bei den Verkäufern versagt, die nur von Gerichtswegen geschlossen werden können: es handelt sich hier nicht um alle Verkäufe, welche gerichtlich abgeschlossen werden, sondern nur um die, welche nicht anders abgeschlossen werden können (Art. 1684, Zach. l. c. Note 16).

Zum Schlusse haben wir noch zu bemerken, daß auf die vorliegende Klage auf Umstoßung wegen Verkürzung alles das Anwendung findet, was im zweiten Kapitel bezüglich der Anstellung der Wiederkaufsklage in dem Fall gesagt worden ist, wo Mehrere zusammen oder jeder für sich verkauft oder gekauft haben und wo ein Verkäufer oder Käufer mehrere Erben hinterläßt (Art. 1685, 1667 ff., Zach. §. 357 und 358).

Zweites Kapitel.

Von den verschiedenen Arten von Verkäufen.

25. — Der Verkauf kann, wie jeder andere Vertrag, mit gewissen Modalitäten oder Partikularitäten abgeschlossen werden, welche im Allgemeinen unter den Regeln stehen, die im Titel von den Verträgen aufgestellt sind. Es ist hier nicht der Ort, alle diese Modalitäten oder Partikularitäten zu beleuchten, die ins Unendliche variiren können; es gibt deren aber mehrere, mit denen sich das Gesetz speciell beschäftigt hat und auf welche wir näher eingehen müssen.

Der Verkauf kann betagt oder unter einer Suspensiv- oder Resolutivbedingung abgeschlossen werden; eine Art des Verkaufes unter einer Resolutivbedingung, dessen Bedeutung ein ganzes System von besonderen Regeln veranlaßte, ist der Verkauf auf Wiederkauf. Er wird den ausschließlichen Gegenstand des ersten Abschnitts ausmachen.

Die Waarenverkäufe haben verschiedene Wirkungen, je nachdem sie in Bausch und Bogen, nach dem Maaße, unter der Bedingung der Prüfung oder auf Probe abgeschlossen werden; sie sind bezüglich dieser verschiedenen Fälle Gegenstand besonderer Verfügungen des Code. Wir werden sie im zweiten Abschnitte aufführen, wo wir

noch eine andere Besonderheit des Verkaufs aufführen werden, nämlich den Vorbehalt, einen andern Käufer nennen zu dürfen.

Im letzten Abschnitte werden wir endlich von der Verkaufszusage (welcher der Code unter Umständen gleiche Wirkung beilegt wie dem Verkaufe) und von der Stipulation des Haftgelds, welche damit verbunden werden kann, reden.

I. Abschnitt.

Von dem Verkauf auf Wiederkauf.

26. — Der (übrigens unrichtig so genannte) Verkauf auf Wiederkauf ist derjenige, bei welchem vereinbart wird, daß der Verkäufer innerhalb einer bestimmten Frist den Vertrag nicht dagewesen machen und das Gut zurück nehmen kann, wie wenn es nie aufgehört hätte, sein zu gehören, unter der Verbindlichkeit, dem Käufer zurückzugeben: — 1) den Preis des Erwerbs; — 2) die Nebenausgaben, wie die Kosten des Vertrags und der Wegnahme oder des Transportes der Sache; — 3) die nothwendigen oder nützlichen Verwendungen, die dieser Käufer gemacht hat, und zwar jene im ganzen ausgegebenen Betrag, und diese bis zum Belaufe des Mehrwerths. — Wir sagen die Bezeichnung sei unrichtig, was daraus erhellt, daß sie einen Wiederverkauf, einen neuen Verkauf der nämlichen Sache anzeigt, während im Gegentheil eine Aufhebung des ersten Verkaufs vorliegt, non contractus novus, sed distractus, so daß statt zweier aufeinander folgender Verkäufe im gesetzlichen Sinne nicht ein einziger da ist. — Wenn die auflösende Bedingung nicht eintritt, d. h. wenn das Rückziehen nicht in der vereinbarten Frist bewirkt wird, dann wird der Verkauf zum unbedingten und der Käufer ist unwiderruflicher Eigenthümer. — Im Laufe der Frist stehen dem Käufer alle Rechte und Vortheile eines gewöhnlichen Käufers zu, weil er zu dieser Zeit Eigenthümer ist, vorbehaltlich der Auflösung seines Rechts. Demnach lauft die Verjährung zu seinen Gunsten; er kann den Gläubigern seines Verkäufers das beneficium discussionis entgegenhalten; alle Rechte, die er auf das Gut verwilligt, sind regelrecht bestellt, nur sind sie wiederauflöslich, wie das seinige. Wenn aber das Rückziehen vorgenommen wird, dann verlieren alle diese Rechte ihre Kraft und der Verkäufer nimmt seine Liegenschaft frei von allen Lasten vom Käufer, wie von einem dritten Erwerber zurück (ohne daß im zweiten Vertrage die Befugniß des Rückziehens ausgedrückt zu sein

braucht, weil es Sache des neuen Erwerbers war, sich den Akt seines Mitcontrahenten vorlegen zu lassen). — Natürlich treten diese Wirkungen dann nicht ein, wenn erst in einem Akte nach dem Verkauf die Wiederkaufsbefugniß stipulirt wurde; hier liegt ein unbedingter Kauf vor, der den ersten Verkauf bestehen läßt und einen zweiten an dessen Seite setzt (Art. 1659, I und II, 1664—1666, 1662, 1673, 2170, 2171; Zach. §. 357).

27. — Die unrichtig Wiederkauf genannte, auflösende Bedingung kann nur auf eine Frist von höchstens fünf Jahren stipulirt werden, die vom Richter nie verlängert werden darf und gegen Jedermann, den Fähigen wie den Unfähigen, lauft. War die Frist im Verkaufsakt auf eine längere Zeit fixirt, dann wird sie kraft Gesetzes auf diesen Zeitraum von fünf Jahren heruntergesetzt; kann sie aber, wenn sie ursprünglich auf eine kürzere Zeit, wie z. B. auf zwei Jahre festgesetzt war, in der Folge mit Rechtswirkung verlängert werden, wenn nur ihre ganze Dauer in den Gränzen von fünf Jahren bleibt? Die meisten Autoren antworten bejahend; darin irren und widersprechen sie sich aber. Diese Autoren geben zu, daß das Geding des Wiederkaufs, das in einem Akte nach dem Verkaufe gesetzt wird, wirkungslos ist, und nur ein Zurückkaufen begründet; nun ist es aber klar, daß man mit dem nachträglich zugefügten Zeitraum gerade den Fall einer Stipulation des Wiederkaufs nach dem Verkaufe hat. Das ist darum klar, weil die Wiederauflöslichkeit dieses Verkaufs nur auf zwei Jahre stipulirt war, während er für die folgende Zeit für unbedingt galt und weil man ihn durch einen zweiten Akt auch für diese folgende Zeit wiederauflöslich machen wollte. Diese Wahrheit ist so einleuchtend, daß die nämlichen Autoren die Rechtsgültigkeit der dinglichen Rechte behaupten, welche der Käufer in dem zweiten Zeitraum verwilligt, und muß man hier auch zugeben, daß der ursprüngliche Verkäufer, wenn er das Gut zurückerhält, einen zweiten Accis zahlen muß. Demnach ist es also wohl ein zweiter Verkauf (Art. 1660—1663, I, Zach. §. 357).

Das ist jedoch nicht erforderlich, daß in der gesetzten Frist die gerichtliche Klage angestellt wird. Wie der Verkäufer in dieser Frist dem Käufer seinen Willen erklärt, gegen die vorgeschriebenen Ersatzleistungen die Sache wieder an sich ziehen zu wollen, so genügt das, um den Verfall zu hindern; und wenn auch die Klage, welche durch den Widerstand des Käufers nothwendig fällt, oder die Regulirung der gemachten Anerbietungen, oder endlich der Be-

weis beliebiger Behauptungen, welche ein Theil aufstellt und der andere widerspricht, erst nach dem Ablauf der Frist vorkommen, so muß dennoch die Auflösung ausgesprochen werden, so wie nachgewiesen wird, daß die Willenserklärung in der gehörigen Zeit gemacht wurde. Es ist nicht einmal unumgänglich nothwendig, daß sofort die dagegen zu gebenden Summen ausdrücklich angeboten werden, weil das Verlangen des Rückziehens dieses Anerbieten nothwendig in sich schließt (Art. 1663, II).

28. — War ein Theil einer unabgetheilten Liegenschaft auf Wiederkauf verkauft worden und hat der Käufer in einer gegen ihn erwirkten Versteigerung das Uebrige erworben, dann hat er diesen Erwerb für sich und auch für den Verkäufer gemacht, und der einzige Weg, um den zuerst gekauften Theil zu erhalten, besteht darin, daß er von dem Verkäufer, der sein Recht ausüben will, verlangen kann, daß er die ganze Liegenschaft zurückziehe. Hatte aber der Käufer selbst die Versteigerung erwirkt, dann kann er sich dem alleinigen Rückziehen des verkauften Theils durch den Verkäufer nicht widersetzen, weil der Erwerb des Ueberschusses von seiner Seite ein freiwilliger war (Art. 1667; Zach. l. c.).

29. — Wo mehrere zusammen verkauft haben, oder mehrere Miterben eines einzigen Verkäufers vorhanden sind, da kann der Käufer, der das Gut in einem Erwerbsakt erhalten hatte und darauf zählen durfte, es ganz zu behalten oder ganz zurückzugeben, eine theilweise Zurückgabe verweigern, und er behält die Liegenschaft, so lang nicht die verschiedenen Miteigenthümer einig sind, oder sich Einer oder Mehrere von ihnen dazu verstehen, sie ganz zurückzunehmen; es ist dies aber eine Befugniß, die nur ihm zusteht, und wenn er dem klagenden Miteigenthümer den demselben gehörenden Theil der Liegenschaft herausgeben will, so kann dieser nicht das Ganze verlangen. — Die theilweise Zurückgabe kann der Käufer dann nicht versagen, wenn die Miteigenthümer ihm einzeln verkauft haben, d. h. in verschiedenen Akten oder wenigstens um einen gesonderten Preis für jeden Theil (Art. 1668—1671; Zach. l. c.).

Hinterläßt der Käufer mehrere Erben, dann ist zu unterscheiden, ob bei der Theilung das ganze Gut in das Loos eines einzigen Erben fiel, oder ob das Gut noch ungetheilt, oder unter die Erben getheilt ist. Im ersten Falle kann der Erbe, der das Gut besitzt, für das Ganze belangt werden; sonst kann der Verkäufer nur von jedem Erben seinen Theil verlangen. — Bei mehreren

Käufern kann der Verkäufer von dem Einzelnen die theilweise Zurücknahme verlangen, wenn sie einzeln gekauft haben; die gleiche Befugniß, wenn sie auch zusammen gekauft haben, steht ihm dann zu, wenn sie das Gut erworben haben, um es zu theilen; war dieses Gut aber gekauft worden, um im Ganzen ungetheilt erhalten zu werden, dann ist die theilweise Zurücknahme unzulässig (Art. 1672).

30. — Den Besitz des Guts kann der Verkäufer nicht eher verlangen, als bis er alle die Summen bezahlt hat, welche er dem Käufer aus den unter Nr. 26 angegebenen Gründen schuldet; im allgemeinen Interesse und als Ausnahne von dem Grundsatze soluto jure dantis verpflichtet ihn das Gesetz, die vom Käufer ohne Gefährde geschlossenen Bestandverträge zu halten (Art. 1673, I; Zach. l. c.).

Auf der anderen Seite kann dieser Käufer dem Verkäufer, außer dem Gut selbst, noch weiteren Ersatz zu machen haben. Allgemein wird zugegeben, daß er für alle von ihm verschuldeten Verschlimmerungen Entschädigung leisten muß; muß er aber auch die Anschwemmungen mit herausgeben, die das Gut vergrößert haben? Viele ältere Autoren, und unter ihnen Pothier, haben die Frage verneint. Das war aber ein großer Irrthum: durch den Wiederkauf versetzt sich der Käufer in die Lage, wie wenn er nie verkauft hätte und immer Eigenthümer der Sache geblieben wäre, folglich ist die Sache für ihn größer geworden; wie sollen dem Käufer, der mit dem Eintritt der Resolutivbedingung so dasteht, als ob er das Eigenthum keinen Augenblick gehabt hätte, die Anschwemmungen zufallen, welche dieses Gut vergrößert haben? Heut zu Tage wird auch die Ansicht Pothier's einstimmig verworfen. Aus dem gleichen Grunde gehört dem Verkäufer auch diejenige der zwei Hälften des auf dem Gute gefundenen Schatzes, welche dem Eigenthümer des Gutes jure accessionis zugeschieden wird. Dagegen gehören dem Verkäufer alle die Vergrößerungen, von denen er nachweist, daß sie von ihm dem Gute beigefügt worden sind (Art. 1673, II.).

31. — Die letzte Frage dreht sich um die Früchte. Darüber ist man von jeher einig, daß sich die Wirkung der Auflösung nicht auch auf sie ausdehnt, und daß man hier, als Folge eines stillschweigenden Uebereinkommes, welches anzunehmen sehr nahe liegt, eine Kompensation zwischen den Früchten und den Zinsen des Kaufpreises eintreten läßt. Wie muß aber diese Kompensation geregelt werden? Diese Frage war von jeher, sowohl vor Einführung des Code als nachher, sehr bestritten, und hat mehr als eine unzusam-

menhängende und widersprechende Ansicht veranlaßt. Trotzdem dürfte die Antwort ziemlich leicht sein. Zunächst liegt es auf der Hand, daß man nur zwischen zwei Ansichten zweifeln kann: entweder muß man sagen, jeder Theil nimmt die Früchte, welche während seines Genusses fällig wurden, so daß der Käufer, der die Gesammtheit derjenigen behält, welche beim Verkaufe noch ausstehen, umgekehrt dem Verkäufer der Gesammtheit diejenigen läßt, welche bei der Zurücknahme noch ausstehen (wie das Gesetz bei der Nutznießung vorschreibt); oder man muß sagen, diese Früchte gehören jedem Theile pro rata der Dauer seines Genusses ohne Unterschied, wann und von wem sie geerndtet worden sind. Diese beiden Ansichten, als die einzigen, die den beiden Theilen eine gleiche Stellung und billige Gegenseitigkeit gibt, sind somit auch die einzigen, unter denen man zu wählen hat. Welche verdient aber den Vorzug? Wir geben ihn ohne Säumen der zweiten. Zwar wendet das Gesetz auf die Nutznießung die erstere an; aber es ist diese Regel hier nicht zulässig, wo es in der Hand des Verkäufers liegt, an einem beliebigen Zeitpunkt im Jahre, am Tage vor der Erndte, die er sich dadurch auf Kosten des Käufers ganz aneignen würde, dem Genuß des Käufers ein Ende zu machen. Es liegt ganz nahe, die Absicht bei den Parthieen zu präsumiren, daß jeder vollkommen gleich behandelt werden solle und daß sich demnach die dem Käufer zufallenden Früchte nach der wirklichen Dauer des Genusses gerade so berechnen, wie die Zinsen, welche der Verkäufer behält. Steht ein Gut in Frage, das gar keine (oder wenigstens während der Dauer der Wiederverkaufsfrist keine) Früchte trägt, dann muß man den Käufer so ansehen, als habe er auf jeden Fruchtbezug verzichtet und die Zinsen, gegen die Möglichkeit des Preises geopfert das Gut zu behalten. — Von selbst versteht es sich endlich, daß diese Regeln nur da Anwendung finden, wo nichts Besonderes vereinbart ist (Art. 1673, III; Zach. l. c.).

II. Abschnitt.

Von den Verkäufen in Bausch und Bogen oder nach dem Maase, auf Probe und mit dem Vorbehalte, einen andern Käufer nennen zu dürfen.

32. — Handelt es sich um Sachen, die gewogen, gezählt oder gemessen werden können, dann ist zu unterscheiden, ob der Verkauf in Bausch und Bogen, oder nur nach Gewicht, Zahl oder Maas abgeschlossen worden ist. — Der Verkauf ist in Bausch und Bogen abgeschlossen, wenn folgende Voraussetzungen bei ihm zusammen-

treffen: — 1. müssen die Sachen in Masse, in ihrer Gesammtheit und als ein einziger Gegenstand, und — 2. um einen Preis verkauft werden: z. B. ich verkaufe Dir diese Heerde für 2500 Frs. — Nach Gewicht, Zahl oder Maas wird er in den drei entgegengesetzten Fällen abgeschlossen, nämlich: — 1. wenn weder Einheit im Gegenstande noch im Preise vorhanden ist (ich verkaufe Dir 100 Hämmel meiner Heerde um 25 Frs. das Stück); — 2. wenn bei der Einheit im Gegenstande keine Einheit im Preise vorhanden ist (ich verkaufe Dir diese Heerde um 25 Frs. das Stück); — 3. wenn bei der Einheit im Preise keine Einheit im Gegenstande vorhanden ist (ich verkaufe Dir 100 Hämmel für 25 Frs.). — Der Umstand aber, daß der Verkäufer auch die Quantität der Dinge kund gibt und solche sogar in erster Linie bezeichnet, steht dem nicht im Wege, daß der Verkauf in Bausch und Bogen abgeschlossen wird, sofern nur in der Uebereinkunft Einheit im Preise und Einheit im Gegenstande liegt: z. B. ich verkaufe Dir um 2500 Frks. diese Heerde von 100 Hämmel, oder die 100 Hämmel, aus denen diese Heerde besteht. Er ist auch dann noch ein Verkauf in Bausch und Bogen, wenn er nicht die Totalität der Gesammtheit, sondern nur eine pars quota berührt: ich verkaufe für 1250 Frs. oder 500 Frs. die Hälfte oder den fünften Theil dieser Heerde mit oder ohne Angabe der Zahl (Art. 1586, I und II; Zach. §. 349).

Je nachdem der Verkauf in Bausch und Bogen oder nur nach Maas abgeschlossen wird, ist er entweder sofort perfect oder er ist es nicht, d. h. entweder bewirkt er für den Käufer den Uebergang des Eigenthums und folgeweise der Gefahr, oder er bewirkt ihn nicht. Der Satz, wornach der Eigenthumsübergang bei keinem Verkauf auf Gewicht, Zahl oder Maas stattfindet, ist unbestreitbar, obgleich ihn viele Autoren bezüglich der Eigenthumsübertragung (als welche einige jedem Verkauf auf Maas beilegen, während Andere sie nur in einigen Fällen und nicht auch in den anderen zulassen) nicht gelten lassen; denn, abgesehen von den verschiedenen Rechtsgrundsätzen, die die Richtigkeit nachweisen, wurde er auch vom Gesetzgeber bei Abfassung des Code in dürren Worten ausgesprochen. — Wenn aber der Verkauf noch nicht als ein das Eigenthum übertragender Vertrag existirt, so existirt er doch offenbar als ein Vertrag, der eine Verbindlichkeit erzeugt: jeder Theil kann also den anderen zum Vollzuge zwingen, und Entschädigung verlangen, wenn nicht vollzogen wird (Art. 1586, III u. IV.).

33. — Zwei Artikel des Code stellen für Verkäufe unter der Bedingung der Prüfung und des Gutfindens und für Verkäufe auf Probe zwei angebliche Rechtsregeln auf, welche (abgesehen davon, daß sie in jedem Falle eine zu lakonische und durchaus ungenügende Fassung haben), namentlich der erste, auch als absolute Regeln zu unrichtig sind und in Nichts der vollen Freiheit in Abwägung der Thatumstände, wobei die Richter nach der Natur und den Wirkungen der betreffenden Verträge zu entscheiden haben, im Wege stehen dürfen. Durch diese Abwägung, und zwar mit Berücksichtigung von Thatumständen jeder Art, hat man zu entscheiden, ob die Uebereinkunft ein Vertrag oder nur ein Projekt ist, ob er ein- oder zweiseitig ist, ob der Verkauf unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung steht, ob die Eigenschaften, welche den Gegenstand der Bedingung ausmachen, nach der persönlichen Ansicht des Käufers oder nach allgemeiner Ansicht erwogen werden müssen. — Der einzige reelle Nutzen dieser beiden Artikel besteht darin, daß sie einen Irrthum aufheben, in den Pothier verfallen war, der auf eine schlecht begriffene Stelle des römischen Rechts hin lehrte, der Kauf auf Probe müsse stets als unter auflösender Bedingung geschlossen angesehen werden, während der Code vorschreibt, daß im Zweifel über die Absicht der Betheiligten, die Präsumtion für eine aufschiebende Bedingung streite (Art. 1587, 1588, I—III; Zach. l. c.).

34. — Eine eigene Besonderheit, die beim Kaufvertrag vorkommen kann, ist der V o r b e h a l t, e i n e n a n d e r e n K ä u f e r z u n e n n e n (l'élection de command). Man versteht darunter die nachträgliche Bezeichnung einer dritten Person durch den Käufer, kraft der im Vertrage vorbehalteuen Befugniß, welche seine Stelle einnimmt, so daß er so angesehen wird, als habe er nur in deren Namen gehandelt und als habe sie ihm Auftrag und Befehl zu kaufen gegeben. Diese sonderbare Befugniß, nach Abschluß des Kaufs eine Person suchen und auswählen zu dürfen, welche so angesehen wird, als habe sie gekauft, während der wahre Käufer nur als deren Mandatar dasteht, wäre nach Grundsätzen des gemeinen Rechts unmöglich gewesen; sie wurde aber eingeführt durch die Gesetze vom 5. December 1790, 13. September und 16. Oktober 1791, vom 14. thermidor IV und 22. frimaire VII. Unter den Parteien kann die Benennung in einer beliebigen im Vertrag bestimmten Frist stattfinden; dem Fiskus gegenüber muß sie aber in authentischer Urkunde innerhalb 24 Stunden nach dem

Verkaufe an die betreffende Behörde geschehen (Art. 1584; Zach. l. c. Note 3).

III. Abschnitt.

Von den Verkaufszusagen.

35. — Der Code befaßt sich nur mit einer einzigen Art von Verkaufszusage, und nur um uns zu sagen, sie gelte gleich dem Verkaufe. Wir haben den Sinn dieser Bestimmung zu erforschen; vorher aber müssen wir noch einige Worte über die verschiedenen Arten von Verkaufszusagen vorbringen.

Man kann deren drei unterscheiden: — 1. das von einem Theile gemachte, vom anderen aber noch nicht angenommene Versprechen, welches somit nur eine einfache Zusage und kein Vertrag ist; — 2. das Versprechen, zu verkaufen, das der andere Theil angenommen hat, ohne seiner Seits das Kaufen versprochen zu haben, so daß ein Vertrag, aber nur ein einseitiger vorliegt; — 3. endlich das Versprechen zu verkaufen, das von dem Versprechen des anderen Theils, zu kaufen, begleitet ist, so daß hier ein zweiseitiger Vertrag, wie der Verkauf, vorliegt, der, wie der Code sagt, dem Verkauf gleichgilt. Auf diese so häufig schlecht ausgedrückte und von Autoren und Urtheilen, trotz ihrer Einfachheit, falsch verstandenen Sätze müssen wir etwas näher eingehen.

So lange die Verkaufszusage von dem noch nicht angenommen ist, welchem sie gemacht wird, ist sie offenbar nur ein Anbieten und kein Vertrag, weil der Vertrag in dem Zusammentreffen der Willen besteht und hier der zweite Wille sich mit dem ersten noch nicht vereinigt hat. Das Verpflichten ist hier erst vorgeschlagen, die Verbindlichkeit ist nicht zu Stande gekommen, kein rechtliches Band ist vorhanden und der Zusagende kann somit sein Anerbieten zurückziehen. — Sobald die Zusage des künftigen Verkäufers von dem künftigen Käufer angenommen ist, liegt ein Zusammentreffen der beiden Willen vor, der Vertrag ist zu Stande gekommen und der künftige Verkäufer gebunden; da aber der künftige Käufer nichts versprochen hat, so ist nur auf einer Seite eine Verbindlichkeit vorhanden, der Vertrag ist ein einseitiger. — Wenn eine gegenseitige von beiden Theilen angenommene Zusage, die Sache zu verkaufen und zu kaufen vorliegt, dann sind natürlich beide Theile gebunden und der Vertrag ist ein zweiseitiger (Art. 1589, I; Zach. l. c. Note 6).

Dies vorausgeschickt, wollen wir jetzt sehen, welche Wirkung ein einseitiger und welche ein zweiseitiger Vertrag hat.

36. — Zur Wirksamkeit einer einseitigen, gehörig angenommenen Verkaufszusage gehört, neben der Bezeichnung der Sache, entweder die sofortige Festsetzung des Preises, oder die Mittel, ihn ohne späteres Zusammenwirken der Betheiligten festzusetzen, wie dies unter Nr. 15 erläutert wurde, weil sonst der künftige Verkäufer nicht gebunden wäre. Ist aber die Zusage wirklich vollverbindlich, existirt der Vertrag — welche Wirkung hat er dann? Kann der Gläubiger das Eigenthum an der Sache erzwingen, wenn auch der Schuldner den Vollzug versagt? Die Frage wurde namentlich im früheren Rechte häufig verneint, weil nach der Regel: nemo ad faciendum cogi potest, hier nur Verurtheilung zur Entschädigung Platz greifen könne. Das ist ein Irrthum und ein Mißbrauch, der mit dem citirten Grundsatze getrieben wird. Zu einem directen Vollzug kann man allerdings dann nicht zwingen, wenn der Gegenstand der Verbindlichkeit in einer persönlichen Handlung des Verpflichteten besteht (wenn du mir z. B. zugesagt hast, mich zu heirathen); der Fall liegt aber hier nicht vor: die Unmöglichkeit, welche das Gesetz zum Stillstande nöthigt, existirt hier nicht und es bedarf nicht Deiner Mitwirkung dazu, daß durch Urtheil ausgesprochen wird, in Folge Deiner Verpflichtung sei das Gut, welches bisher Dir gehörte, nunmehr mein Eigenthum. Dieser Satz steht heut zu Tage fest. — Das ist jedoch gewiß, trotz der entgegengesetzten Ansicht eines Autoren, daß sowohl beim freiwilligen als beim erzwungenen Vollzug das Eigenthum erst mit dem Kaufvertrage oder dem Urtheil, das dessen Stelle vertritt, und nicht mit rückwirkender Kraft am Tag der Verkaufszusage auf den Käufer übergeht. Der Kaufvertrag hat nichts Bedingtes an sich; er hängt nicht, wie die Zusage, von der Bedingung ab, wenn Du Dich später zum Kaufen entschließest; er ist unbedingt und kann somit keinerlei rückwirkende Kraft äußern. Das müssen wir anerkennen, daß der künftige Käufer, selbst nach Abschluß des Kaufvertrags (oder nach dessen Aequivalent), in der Zwischenzeit zwischen der Zusage und dem realisirten Verkaufe nur ein einfaches persönliches Recht hat, woraus die Consequenz fließt, daß er, wenn die Sache in dieser Zwischenzeit an einen Anderen verkauft worden ist, die Veräußerung nicht umstoßen, sondern nur Entschädigung von seinem Schuldner verlangen kann. Die ent-

gegengesetzte Ansicht wird allgemein verworfen (Art. 1589, II u. III, Zach. §. 349).

37. — Die zweiseitige Zusage, zu verkaufen und zu kaufen, ist die einzige, mit welcher sich der Code beschäftigt, um zu erklären, diese Zusage stehe dem Verkaufe gleich. Was bedeuten aber diese Worte? Zwei Autoren erläutern sie dahin, daß die Zusage nothwendiger Weise zur Verwirklichung des Verkaufs führe, statt nur ein Recht auf Entschädigung zu geben, wenn der Vollzug verweigert wird; alle anderen Ausleger des Code und mit ihnen der Gerichtsgebrauch nehmen sie streng und in dem absoluten Sinne, daß die bloße Zusage, später zu verkaufen und zu kaufen, durch das Gesetz unmittelbar in einen sofort bestehenden Verkauf umgewandelt wird. . . . . So allgemein auch diese letzte Ansicht ist, so stehen wir doch keinen Augenblick an, sie eine unrichtige zu nennen.

Zwar drücken sich nicht allein der Gesetzestext, sondern auch die Protokolle der Vorarbeiten auf eine Weise aus, die ganz geeignet ist, auf den ersten Blick den Glauben zu erwecken, daß dem Akte die Wirkung eines sofort bestehenden Verkaufs beigelegt werden wollte; hält man aber diese Dokumente mit dem Stande der früheren Doktrin über diese Frage zusammen, dann findet man bald den Beweis des Gegentheils. Unsere älteren Autoren waren sehr verschiedener Ansicht über die Wirkung, die einer Verkaufszusage beizulegen ist, und gerade um diese Controverse zu heben, hat der Code erklärt, die Zusage gelte gleich dem Verkaufe. Obgleich die älteren Autoren, deren Ansicht der Code aufgenommen hat, sich allenthalben eben so energisch ausdrückten, wie der Gesetzestext und die Vorarbeiten, so ist doch sowohl aus ihren Schriften, als aus den ihrer Gegner deutlich zu ersehen, daß der Streit sich einzig darum drehte, ob die Zusage den Zusagenden der Art binde, daß der Verkauf folgen müsse, indem eine Verurtheilung darauf ergehen könne, den Vertrag abzuschließen, widrigenfalls derselbe für abgeschlossen angesehen werden solle, oder ob sie nur einen Anspruch auf Entschädigung gebe. Auf der anderen Seite spricht Alles dafür, daß der Code nur den Zweifel heben wollte, der darüber herrschte, ob ein Recht, die Realisation des Verkaufs zu erzwingen oder nur ein bloßes Recht auf Entschädigung vorliege. Dies geht deutlich daraus hervor, wenn Maleville, einer der Redaktoren des Code, sagt: „dieser Artikel macht einem großen Streite unter den Rechtsgelehrten ein Ende, von denen ein Theil behauptete, die Zusage stehe dem Verkaufe gleich **und verpflichte zum Ver-**

tragsabschlusse, während die anderen sagen, **sie löse sich in eine Entschädigungspflicht auf.** . . . ." Das Gesetz kann hier doch nicht mit dem Willen der Vertragspersonen spielen, wie das der Fall wäre, wenn trotzdem, daß wir im Jahre 1851 übereingekommen sind, daß du mir eine bestimmte Liegenschaft verkaufst, die ich dir nach vier Jahren, also 1855, abkaufen werde, der Verkauf dennoch sofort vom Tage der Zusage an für vollendet erklärt würde (Art. 1589, V, Zach. l. c. Note 6).

38. — Es macht also die zweiseitige Zusage den künftigen Käufer eben so wenig zum Eigenthümer als die einseitige; sie ist von dieser nur darin verschieden, daß sie diesen künftigen Käufer ebenso zum Kaufen verpflichtet, wie diese den künftigen Verkäufer zum Verkaufen verbindet. Daraus folgt, daß alle dinglichen Rechte, welche dieser in der Zwischenzeit von der Zusage bis zum Verkaufe verwilligt hat, gültig sind und nur einen Rückgriff auf ihn wegen Entschädigung begründen, und daß, wenn beide Theile vor dem Verkaufe übereinkommen, sich ihrer Zusagen zu entbinden, gar kein Kauf vorliegt, also noch viel weniger ein Verkauf und ein Rückkauf, d. h. zwei Käufe.

Wurde die ein- oder zweiseitige Zusage mit Bestimmung einer Frist gegeben, innerhalb welcher der Vollzug verlangt werden muß, dann hebt die einfache Thatsache des Ablaufs der Frist, ohne Klage auf Vollzug, die Zusage auf. Ist keine Frist bestimmt, dann müssen wir zwischen beiden Zusagen unterscheiden: ist die Zusage eine gegenseitige, dann bleiben beide Theile stets gebunden, sofern sie nicht übereinkommen, sich zu entbinden; ist sie aber einseitig, dann versteht es sich von selbst, daß der Theil, welcher sich ohne Gegenversprechen für sich gebunden hat, nicht ewig unter der Willkür des andern bleiben kann, und daß ein Termin, nach dessen Ablauf der Verfall eintritt, durch ein Urtheil oder eine einfache gerichtliche Aufforderung gesetzt werden kann, nur hat im letztern Falle, sofern Widerspruch erhoben wird, das Gericht über das Zureichende oder Unzureichende der gesetzten Frist zu entscheiden (Art. 1589, VI, Zach. l. c.).

Wenn auch die Verkaufszusage noch kein Verkauf ist, so lauft doch von ihrem und nicht von dem Datum des darauf gefolgten Verkaufs für den Verkäufer von Liegenschaften die Frist für die Rescissionsklage wegen Verkürzung über sieben Zwölftel. Die Zusage kann aus diesem Grunde wie der Verkauf selbst angefochten werden; weil dies nun stattfinden darf, so muß es auch in der

gesetzten Frist stattfinden; und sie wird somit, wie die Frist verstrichen ist, gültig und es kann weder die Zusage, noch der darauf gefolgte Verkauf mehr angefochten werden (Art. 1589, VII).

39. — Der Code stellt das Princip auf, daß, wenn eine Verkaufszusage mit einer Hingabe von Haftgeld verbunden ist, dieser Umstand jedem Theile gestattet zurückzutreten, wenn er das gegebene Haftgeld im Stiche läßt, resp. neben dessen Rückersatz noch eine gleiche Summe bezahlt. Natürlich erleidet diese Regel eine Ausnahme und das Haftgeld, statt eine Thüre für den Rücktritt abzugeben, muß im Gegentheil als ein Zeichen der Unwiderruflichkeit der Zusage dann angesehen werden, wenn aus dem Wortlaute des Vertrags oder aus den Umständen hervorgeht, daß die gemeinschaftliche Absicht der Betheiligten darauf gerichtet war (Art. 1590, I; Zach. l. c. Note 25).

Was dann Rechtens ist, wenn das Haftgeld bei einem Verkaufe gegeben wird, das ist weder im Texte des Code, noch auch in den Auseinandersetzungen der Vorarbeiten vorgesehen. Jedoch will dieser absolute Mangel jeder speciellen Regel hier nicht viel bedeuten, weil es sich nur um eine Frage der Absicht handelt, um eine Thatfrage, welche der Richter nach den Umständen entscheidet. Als Thatfrage wird er entscheiden, ob die gegebene Summe als Zeichen der Befugniß des Zurückgehens, oder als Zeichen der Unwiderruflichkeit des Vertrags, oder als bloße Abschlagszahlung auf den bedungenen Preis, oder in den beiden letzteren Eigenschaften zugleich gegeben wurde (Art. 1590, II, Zach. l. c.).

Drittes Kapitel.

Von den Verbindlichkeiten, welche aus dem Verkaufe entstehen.

40. — Außerdem, daß der Verkauf ein Vertrag ist, der Eigenthum überträgt, ist er auch ein Vertrag, der Verbindlichkeiten erzeugt, und wir haben hier die Hauptverpflichtungen zu prüfen, welche er bezüglich des Verkäufers und des Käufers erzeugt.

I. Abschnitt.

Von den Verbindlichkeiten des Verkäufers.

41. — Der Verkäufer hat vor allen Dingen für die genaue Bezeichnung dessen zu sorgen, wozu er sich verpflichtet, und während man, nach den allgemeinen bei Verträgen geltenden Grundsätzen,

dunkle Gedinge gegen den Stipulanten und zu Gunsten des Verpflichteten auslegen muß, so gebietet hier das Gesetz, jedes zweifelhafte Geding gegen den Verkäufer zu nehmen, mag er sich dadurch verpflichten oder stipuliren. Diese Regel, die man unbillig genannt hat, erscheint hinlänglich gerechtfertigt, wenn man erwägt: — 1. daß sie nur für die Gedinge geschrieben ist, welche das Wesen des Kaufvertrags berühren und nicht für die verschiedenen Nebenstipulationen, welche etwa im Vertrage eingeführt werden; — 2. daß sie erst dann angewendet werden darf, wenn alle Mittel der Auslegung erschöpft sind; — 3. endlich daß es der Verkäufer hier am meisten in der Hand hat, die Dinge klar auseinander zu setzen oder den anderen Theil zu betrügen (Art. 1602, 1162; Zach. §. 353 ff.).

Außer dieser gesetzlichen Verbindlichkeit, die sich auf den Wortlaut des Vertrags bezieht, geht der Verkäufer, in Folge des Verkaufs, zwei Hauptverbindlichkeiten ein, die, die Sache zu überliefern und die Gewähr dafür zu leisten (Art. 1603; Zach. l. c.).

I. Von der Uebergabe.

42. — Hier haben wir zu betrachten: — 1. was die Uebergabe ist und durch welche Akte sie bewirkt wird; — 2. auf wessen Kosten, wo und wann sie geschehen muß; — 3. was sie umfassen muß; — 4. endlich wer die Gefahr der Sache vom Verkaufe bis zur Uebergabe trägt.

1. Was die Uebergabe ist und durch welche Akte sie bewirkt wird.

43. — Die Uebergabe ist die Ueberlassung der verkauften Sache in die Gewalt und den Besitz des Käufers; und wir müssen heut zu Tage, mit Verwerfung der kindischen Spitzfindigkeiten, wornach unsere älteren Rechtslehrer hierbei der wirklichen Uebergabe noch fingirten oder symbolische und allegorische Uebergaben gegenüber stellten, ganz einfach sagen: die Uebergabe ist vollendet, wenn der Käufer sich auf irgend eine Weise mit oder ohne materiellen Akt im Besitze der Sache befindet und sie in seiner Gewalt hat.

Die Uebergabe einer Liegenschaft, welche von Seiten des Verkäufers zu Gunsten des Käufers die volle Abtretung des Guts sammt Allem erfordert, was davon abhängt oder darauf Bezug hat, kann zuweilen vollständig durch einfache Hingabe der Rechtstitel oder der Schlüssel vollzogen werden. Es kann die Ueber-

gabe sogar (wenn der Verkäufer keine Rechtstitel hatte oder der Käufer sie schon als Depositar oder sonst wie besaß) durch das bloße Einverstandensein vor sich gehen. Dies ist der Fall, wenn der Käufer die Liegenschaft als Pachter oder sonst wie schon besaß, oder wenn der Verkäufer sie fernerhin als Pachter des Käufers oder unter irgend einem andern Rechtstitel behalten soll. — Die Uebergabe von körperlichen Fahrnissen kann geschehen: durch reelle und wirkliche Ueberlieferung der Sachen selbst, oder durch Hingabe der Eigenthums- oder anderer Titel, oder durch Hingabe der Schlüssel der Gebäude, welche die Sachen enthalten, oder dadurch, daß der Verkäufer dem Käufer gestattet, den Sachen seinen Siegel oder Stempel aufzudrücken, oder endlich durch das bloße Einverstandensein. — Bei unkörperlichen Sachen oder bloßen Rechten besteht die Uebergabe, je nach den Umständen, in der Hingabe der Titel oder in dem Gebrauch, den der Verkäufer von dem cedirten Rechte machen läßt, oder sie kann auch in dem bloßen Einverstandensein liegen; diese letzte Art ist bei der Cession einer Negativservitut die einzig mögliche (Art. 1604—1607, I—III, 1689; Zach. §. 354).

44. — Obgleich es zuweilen gelehrt wird, darf man doch das nicht annehmen, daß bei Verkäufen a non domino die Uebergabe den Anfang der Verjährung bei Liegenschaften und die sofort vollendete Verjährung bei Fahrnissen bewirkt. Es ist das eine Vermengung zweier sehr verschiedener Dinge. Die Uebergabe ist eine Thatsache, die nur auf den Verkäufer und den Käufer Bezug hat, während der Verjährungsbesitz Allen gegenüber existiren und Eigenschaften in sich begreifen muß, welche jene nicht immer verleiht. Durch die Uebergabe macht der Verkäufer Platz und bietet dem Käufer die Gelegenheit zur Okkupation, es ist aber an diesem, die Okkupation vorzunehmen. Die Verjährung kann zuweilen nicht laufen, obgleich eine vollständige Uebergabe stattgefunden hat, während sie ganz gut laufen kann, obgleich diese vollständige Uebergabe noch nicht vor sich gegangen ist. Die Uebergabe und der Verjährungsbesitz sind demnach zwei sehr verschiedene Dinge (Art. 1607, IV, 2229, 2279).

2. Kosten der Uebergabe, wo und wann sie zu geschehen hat.

45. — Da die Uebergabe nur in der Ueberlassung der Sache und nicht in der wirklichen Besitzergreifung, welche durch den Käufer zu geschehen hat, besteht, so hat der Verkäufer, wo nichts An-

deres bedungen ist, die Kosten der Lieferung, nicht aber auch die der Wegschaffung zu tragen. — Der Ort der Uebergabe ist in der Regel der, an welchem sich die Sache zur Zeit des Verkaufs befunden hat. — Wenn bezüglich der Zeit nicht das Gegentheil bedungen ist, so kann der Käufer die sofortige Lieferung fordern, nur kann der Verkäufer sie so lange versagen, als der Käufer, dem kein Zahlungsziel verwilligt ist, diese Zahlung nicht leistet, oder wenn derselbe sogar bei bewilligter Zahlungsfrist in Gant oder Vermögenszerfall geräth, oder die gestellten Sicherheiten vermindert. Unterbleibt die Uebergabe durch Verschulden des Verkäufers, dann hat der Käufer die Wahl, durch das Gericht seine Einsetzung in den Besitz oder die Aufhebung des Vertrags aussprechen zu lassen, nebst ihm zu leistender Entschädigung im geeigneten Falle. — Das dürfen wir aber nicht vergessen, daß diese Regeln durch ausdrückliches oder stillschweigendes Uebereinkommen der Betheiligten modificirt werden können und daß die verschiedenen Detailfragen, die hier auftauchen können, nach den Grundsätzen zu entscheiden sind, welche in der Abhandlung über die Verbindlichkeiten auseinandergesetzt wurden (Art. 1608—1613, 1593, 1247, 1139, 1146, 1148 1184; Zach. l. c.).

3. Was der Gegenstand der Uebergabe sein muß.

46. — Da vom Verkaufstage an der Käufer Eigenthümer und der Verkäufer Schuldner der Sache ist, so haftet dieser für Verschlimmerungen, die zwischen dem Verkaufe und der Uebergabe aus einem Grunde eingetreten sind, der ihm zugerechnet werden kann; in diesem Sinne darf man sagen, er muß die Sache in dem Zustande überliefern, in welchem sie zur Zeit des Verkaufs war. Zufällige Ereignisse aber vermehren oder vermindern die Sache für den Käufer, und sie muß demnach in dem Stande überliefert werden, in welchem sie am Tage der Lieferung ist.

Nach dieser gleichen Regel, wornach das Eigenthumsrecht des Käufers vom Verkaufsabschlusse an datirt, gehören ihm auch die Früchte von diesem Tage an, sofern nicht das Gegentheil bedungen wurde. So verhält es sich auch bei einem bedingten Verkaufe, weil der Verkauf durch die rückwirkende Kraft der Bedingung in die Lage kommt, als ob er ab initio unbedingt existirt habe, woraus die nothwendige Consequenz fließt, daß der Käufer ab initio ein Recht auf die Früchte der Sache und der Verkäufer auf die Zinsen des Preises hat, wenn nicht im einzelnen Falle eine andere Ab-

sicht der Betheiligten nachgewiesen wird (Art. 1614, I u. II, 1136, 1245; Zach. l. c.).

47. — Von selbst versteht es sich, daß die Uebergabe alle Accessorien und alle Pertinenzien der verkauften Sache umfassen muß. Die Frage, welche Sachen im einzelnen Falle Accessorien oder Pertinenzien des verkauften Gegenstandes sind oder nicht, ist eine Thatfrage, die der Code mit Recht dem Ermessen des Richters überlassen hat (Art. 1615; Zach. l. c.).

48. — Der Verkäufer ist weiter verbunden, das vertragsmäßige Maas zu liefern; diese Verbindlichkeit steht bezüglich der Liegenschaftsverkäufe unter besonderen Regeln. Hierbei haben wir sechs Fälle zu unterscheiden: zwei für Käufe ohne Angabe des Flächengehalts, und vier für solche, die diese Angabe enthalten.

Diese sechs Fälle sind folgende: — 1. Der Verkauf einer bestimmten Liegenschaft, ohne Angabe des Flächengehalts, um einen einzigen Totalpreis; — 2. der Verkauf einer bestimmten Liegenschaft, ohne Angabe des Flächengehalts, aber das Maas zu so und so viel berechnet; — 3. der Verkauf einer gewissen Anzahl von Maasen, die von einem größeren Landstücke genommen und mit einem Totalpreis oder zu so viel das Maas bezahlt werden sollen; — 4. der Verkauf einer bestimmten Liegenschaft mit Angabe des Flächengehalts und das einzelne Maas zu so und so viel; — 5. der Verkauf einer bestimmten Liegenschaft mit Angabe des Flächengehalts für einen einzigen Totalpreis; — 6. endlich der Verkauf mit Angabe des Flächengehalts, aber mit der Verabredung, daß ein Mehr oder Weniger keinen Einfluß haben solle.

Wir wollen nun diese verschiedenen Fälle näher in's Auge fassen.

Der erste und der dritte bieten in keiner Hinsicht irgend eine Schwierigkeit. Jedermann gibt namentlich zu, wenn ich Dir eine bestimmte Liegenschaft ohne Flächengehaltsangabe um den und den Preis verkaufe, daß wir beide mit der Unterzeichnung unwiderruflich Du der Eigenthümer des Gutes und ich Gläubiger der Summe werden; und daß dagegen, im Falle eines bestimmten Flächengehalts des Bodens, der von einem größeren Landstücke genommen werden soll, das Eigenthum erst durch das Zumessen übertragen wird, weil dadurch erst der Gegenstand des Verkaufs bestimmt wird. Uneinig ist man bezüglich der Eigenthumsübertragung im zweiten Falle, wo eine Liegenschaft, ohne Angabe des Flächengehalts, um den und den Preis das Maas verkauft wird.

Die Frage ist jedoch nicht schwierig, und nur aus Irrthum konnte hier die Behauptung aufgestellt werden, das Eigenthum gehe mit dem Tage des Vertragsabschlusses über, weil es sich um ein gewisses Stück handele. Das Bestimmtsein der Sache genügt aber noch nicht, um einen Verkauf perfect zu machen, dazu gehört auch noch das Bestimmtsein des Preises; da nun aber die Zahl der Maase, wornach der Preis bestimmt werden soll, nicht bekannt ist, so ist es der Preis ebensowenig, und der Verkauf wird somit nur durch Vollzug der Bedingung des Abmessens perfekt (Art. 1616, I u. II; Zach. §. 354.).

49. — In dem vierten Falle, in welchem eine Liegenschaft unter den beiden Umständen verkauft wird, daß ihr Flächengehalt angegeben und ein besonderer Preis für jedes einzelne Maas festgesetzt wird, gibt das Gesetz der Differenz zwischen dem angegebenen und dem wirklichen Flächengehalt einen größeren oder kleineren Einfluß, je nachdem sie bedeutender oder geringer ist. Auch beim allergeringsten Mindermaas kann der Käufer stets verlangen, daß ihm der Verkäufer entweder, wenn es möglich ist, das Mangelnde verschafft, oder daß er eine Preisermäßigung gestattet. Ein Mehrmaas dagegen ist nur dann von Einfluß, wenn es wenigstens ein Zwanzigstel beträgt, wo dann der Käufer sich eine verhältnißmäßige Preiserhöhung gefallen lassen muß, wenn er es nicht vorzieht, von dem Handel abzugehen. Es gibt Schriftsteller, die behaupten, der Käufer sei gehalten, für jedes Mehrmaas eine Preisergänzung zu zahlen und könne bei weniger als einem Zwanzigstel nicht vom Vertrage abgehen. Dieser Irrthum wird aber sowohl durch die Rechtsgrundsätze als durch die Vorarbeiten des Code beseitigt. Es wäre wirklich ungerecht, wenn man wegen einer Thatsache, die nur dem Verkäufer zugerechnet werden kann, den Käufer zwingen wollte, mehr auszugeben, als er zahlen wollte, und vielleicht mehr, als er nur zahlen kann! Wenn die Preiserhöhung wegen der Möglichkeit der Vertragsauflösung nur fakultativ ist, so kann man das nur billig nennen; wenn aber diese letztere wegfällt, dann muß jene mitfallen. So wurde denn auch bei Abfassung des Gesetzes mit dürren Worten erklärt, daß, während ein Maasmangel, *so gering er auch sein mag*, dem Erwerber ein Recht auf Preisherabsetzung gibt, „im Falle des Mehrmaases *der Ueberschuß ein Zwanzigstel betragen muß, wenn der Verkäufer ein Recht auf die Ergänzung haben soll.*" — Das muß ferner zugegeben werden, daß,

wenn auch der Erwerber im Allgemeinen wegen eines Weniger von ein Zwanzigstel nicht zurücktreten kann, wie ihm dies für ein Mehr von gleichem Betrag gestattet ist, ihm das doch erlaubt sein muß, wenn er beweist, daß er nicht gekauft haben würde, wenn er den Mangel an Maasgehalt gekannt hätte, vorausgesetzt, daß dieser Mangel das Grundstück für die Bestimmung ungeeignet macht, welche er ihm geben wollte (Art. 1617 — 1618, I u. II; Zach. §. 354).

Ebenso gewiß ist es, trotz der ehemaligen Controverse über diese Frage, daß hier der Kauf mit dem Vertragsabschlusse und vor dem Abmessen perfekt wird und die Sache sammt ihrer Gefahr auf den Käufer übergeht. Es liegt nämlich hier eine bestimmte Bezeichnung der Sache und auch des Preises, weil dieser Preis nur das Produkt der Multiplikation des (bekannten) Sonderpreises des einzelnen Maases mit der (ebenfalls bekannten) Zahl der Maase ist: das Abmessen, das noch vorgenommen werden muß, ist hier keine Voraussetzung der Preisregelung, sondern nur ein Mittel der Verifikation und der Controle. Das Gesetz selbst anerkennt, daß hier ein Preis und damit ein Verkauf vorliegt, weil es für den Fall eines Irrthums von der Erhöhung und Minderung dieses Preises und, wo der Irrthum bedeutend genug ist, von der Auflösung des Verkaufs spricht (Art. 1618, III; Zach. l. c.).

50. — Wenn der Verkauf einer Liegenschaft mit Angabe ihres Flächengehalts um einen Totalpreis abgeschlossen wird, dann gibt das Gesetz eine Regel, die in zwei Punkten von der des vorigen Falles abweicht. Einerseits ist die Preisherabsetzung nämlich nur beim Mangel von einem Zwanzigstel gestattet (ebenso wie eine Erhöhung immer nur beim Ueberschuß von einem Zwanzigstel eintritt); und auf der anderen Seite wird das Zwanzigstel mehr oder weniger nicht nach dem Umfang des Gegenstands, sondern nach dessen Werth berechnet. — Gibt man das zu, dann ist es unbegreiflich, wie sich Autoren fragen konnten, ob diese Regel auf den Fall Anwendung finde, wo ein Verkauf Grundstücke von verschiedenen Werthen zum Gegenstand hat, weil das gerade der einzige Fall ist, für welchen sie aufgestellt werden konnte: wenn das verkaufte Grundstück in allen seinen Theilen einen gleichen Werth hat, dann ist das Zwanzigstel seines Flächengehalts auch das Zwanzigstel seines Werthes, und folglich hätte der Gesetzgeber wenn er hier nur diesen Fall hätte regeln wollen, für den fünften

Fall die Regel nicht zu modificiren brauchen, welche er für den vierten aufgestellt hatte; einzig und allein wegen Ländereien von verschiedenen Werthen konnte er die Rechnung nach einem Zwanzigstel des Werthes oder nach einem Zwanzigstel des Flächengehaltes substituiren. Wenn der Flächengehalt der einzelnen Grundstücke von verschiedenem Werthe besonders angegeben worden ist, dann findet diese Regel natürlich ihre Anwendung; denn dieser Fall ist der einzige, in welchem sie direkt zur Anwendung kommen kann: wenn man z. B. erklärt hat, 10 Hektaren Weinberg und 10 Hektaren Heideland zu verkaufen, dann erfährt man durch das Vermessen, ob auf das Heide- oder auf das Rebland das Mehr- oder Mindermaas kommt, und es ist somit leicht, dessen Werth mit dem Totalpreise zu vergleichen, um zu sehen, ob es ein Zwanzigstel beträgt oder nicht; hat man dagegen nur erklärt, man wolle 20 Hektaren Reb- und Heideland verkaufen, dann kann man nicht bestimmen, ob das Mehr- oder Mindermaas auf das Werthvollere oder das weniger werthvolle Grundstück kommt, und es ist somit unmöglich, wenigstens direkt, herauszubringen, ob es ein Zwanzigstel des Totalwerthes ist oder nicht. Wenn es nun auch fast ein Unsinn ist, zu behaupten, die Rechnung nach dem Werthe finde nur dann Anwendung, wenn die einzelnen Flächengehalte nicht besonders angegeben worden sind, so liegt darin doch kein Grund, auf der anderen Seite zu sagen, die Regel finde keine Anwendung auf diesen Fall, sondern nur auf den ersten. Denn wenn sie hier nicht angewendet werden könnte, dann müßte man sagen, hier trete niemals eine Preiserhöhung oder Herabsetzung ein, sollte auch der Ueberschuß oder der Mangel enorm sein, weil die Regel des zweiten Falles hier ebensowenig angewendet werden kann. Die Regel muß also angewendet werden; nur geht die Werthberechnung hier, statt direkt und unmittelbar, mittelbar auf dem Wege der Berechnung des Flächengehalts vor sich: die Differenz von einem Zwanzigstel des Werths wird für vorhanden oder nicht vorhanden angesehen, je nachdem eine Differenz von einem Zwanzigstel im Flächengehalt vorhanden ist oder nicht. Nicht dadurch allein, daß der besondere Flächengehalt einer jeden Art von Grundstücken im Vertrage nicht ausgedrückt worden ist, wird man gezwungen, die Differenz von einem Zwanzigstel des Werths nur für die von einem Zwanzigstel des Flächengehalts zuzulassen; es ist dies vielmehr nur dann der Fall, wenn der specielle Flächengehalt, über den die Betheiligten unterhandelten, nicht bekannt

ist: wie man ihn kennt, mag er auch im Akte nicht angegeben sein, muß man ihn zur Grundlage der Berechnung nehmen, und es kann diese Berechnung direkt auf den Werth gerichtet werden (Art. 1619—1622, I u. II; Zach. l. c.).

Es gibt Autoren, die lehren, der Umfang eines Zwanzigstels des Mindermaaßes müsse ausgedehnt und von den Gerichten nach den Umständen festgesetzt werden, wenn der Verkäufer bei Angabe des Flächengehalts das Wort ungefähr beigesetzt hat. Das ist irrig; denn aus den Bemerkungen des Staatsraths geht hervor, daß der Code, gerade um einen Anhaltspunkt für den Begriff dieses Wortes zu geben, diese Regel aufgestellt hat, indem er hier dem älteren Rechte, doppelt günstig für den Verkäufer, derogirt. Früher bestand der Spielraum nur dann, wenn ausdrücklich ungefähr gesagt worden war, und er betrug nur ein Dreißigstel, während er heut zu Tage selbst dann gilt, wenn dieses Wort auch nicht gebraucht wird, und bis auf ein Zwanzigstel geht. Wenn er noch weiter gehen soll, dann muß dies besonders verabredet werden. — Da das Wort ungefähr, das dem Verkäufer einen Spielraum von einem Zwanzigstel gibt, im fünften Falle immer unterstellt wird, so kann der Käufer nur beim Mindermaas von einem Zwanzigstel hier auf Vertragsauflösung statt auf eine bloße Preisherabsetzung klagen, wenn er beweist, daß der Flächengehalt zu dem Zweck nicht hinreicht, zu welchem er gekauft hat (Art. 1622, III; Zach. l. c.).

51. — Im vierten und fünften Falle, die soeben erläutert wurden, muß die Klage auf Erhöhung oder Herabsetzung des Preises, wie die auf Vertragsauflösung, wenn sie zulässig ist, innerhalb Jahresfrist vom Vertragsabschluß an erhoben werden. Diese einjährige Verjährung, welche sogar gegen Unfähige läuft, findet auch da Anwendung, wo durch specielle Stipulationen ein anderes als das gesetzliche Mehr- oder Mindermaas fixirt ist, weil die Gründe des öffentlichen Interesse, welche keinen längeren Zeitraum zuließen, im einen wie im andern Falle vorliegen und der Code seine Regel absolut und für alle mögliche Fälle aufstellt. — So oft der Käufer eine Preisergänzung zahlt, muß er auch verzinsen, wenn er die Liegenschaft im Genuß hatte; und wenn eine Vertragsauflösung eintritt, dann muß der Verkäufer die Kosten zahlen und geeigneten Falls auch Entschädigung (Art. 1619—1622, IV u. V; Zach. l. c.).

In den nämlichen beiden Fällen schreibt das Gesetz mit Recht vor, daß die gesonderte Angabe der einzelnen Flächengehalte mehrerer im nämlichen Akte verkaufter Grundstücke (wenn nur damit nicht auch eine gesonderte Angabe eines speciellen Preises für jedes Grundstück verbunden und das Ganze für einen Totalpreis verkauft ist) es nicht hindert, den Akt als einen einzigen Verkauf anzusehen, wovon verschiedene Grundstücke das einzige Object bilden, so daß man das Mehr- oder Mindermaas nur nach dem Inbegriff dieser Grundstücke zusammen berechnen darf. — Ein Autor lehrt, diese Regel greife nur bei dem fünften Falle Platz, nämlich wo Liegenschaften um einen Totalpreis verkauft werden, und nicht bei Verkäufen zu so und so viel das Maas; diese Ansicht ist jedoch unhaltbar. Beim Verkaufe von 12 Hektaren Weinberg und 8 Hektaren Wiesen um den Preis von 8000 Frs. muß man das Mehrmaas der einen Liegenschaft mit dem Mindermaas der anderen kompensiren — warum soll es nun nicht ebenso sein, wenn beide Güter um 400 Frs. die Hektare verkauft worden sind? Im Gegentheil, die Kompensation und die anderen Konsequenzen einer Berechnung nach der Gesammtheit der Grundstücke sind viel billiger und viel logischer; denn beim Verkauf um einen Gesammtpreis kann es vorkommen, daß die eine Art von Grundstück einen anderen Werth hat als die andere, während die Gleichheit des Werths gewiß ist, wenn beide Grundstücke um gleichen Preis per Maas verkauft worden sind. Mit Recht redet also das Gesetz von allen Fällen eines einzigen Preises, ohne zu unterscheiden, ob dieser Preis in einer Bauschsumme oder nach dem Maase festgesetzt worden ist (Art. 1623, I u. II; Zach. l. c.).

52. — Der sechste und letzte Fall, nämlich der Verkauf mit der speciellen Uebereinkunft, daß für den Flächengehalt, obgleich er angegeben wird, nicht garantirt wird, und so angenommen werden muß, wie er sich findet, ohne daß von irgend einer Seite Reklamationen gemacht werden könnten, bietet keine Schwierigkeit. Da jede Bedingung, die der öffentlichen Ordnung nicht widerstreitet, verbindlich ist, so liegt es auf der Hand, daß, sobald man in irgend welchen Ausdrücken übereingekommen ist, daß das Gut, wie es ist, übernommen werden soll, weder Mehr- noch Mindermaas irgend eine Wirkung hervorbringen können (Art. 1623, III).

4. Auf wessen Gefahr die Sache vom Verkauf bis zur Uebergabe steht.

53. — Zur Beantwortung dieser Frage wird auf das verwiesen, was oben über die Uebertragung des Eigenthums und der

Gefahr gesagt wurde, und auf die allgemeinen Grundsätze, die im Titel III des dritten Buchs aufgestellt sind (Art. 1624, 1302, 1245, 1137, 1585—1588).

II. Von der Gewährleistung.

54. — Der Verkäufer ist gehalten, seinem Käufer in folgenden Fällen Gewähr zu leisten (d. h. ihn zu schützen und zu vertheidigen, oder ihn vorkommenden Falls zu entschädigen):

1. Bei jeder Art von Entwährung, d. h. bei Allem, was dem vollen und ungehinderten Besitze der verkauften Sache in den Weg treten mag;
2. bei verborgenen Mängeln, welche den Gebrauch dieser Sache verhindern oder ihn beträchtlich vermindern, und die, weil sie den Käufer ermächtigen, den Vertrag aufzuheben (redhibere), redhibitorische Mängel heißen (Zach. §. 355).

1. Von der Gewährleistung im Falle einer Entwährung.

55. — Unter Entwährung versteht man die Beraubung, welche ein Käufer bezüglich des Ganzen oder eines Theils dessen, was in Folge des Kaufs auf ihn übergehen sollte (einerlei, ob durch einen Angriff oder einen passiven Widerstand eines Dritten), erleidet. Die theilweise Entwährung kann auf zweierlei Arten vor sich gehen: — 1. durch die vollständige Entziehung eines Theils der Sache; — 2. durch die Beschränkung, welche dem Rechte, das übertragen werden mußte, entweder durch das Dasein von Dienstbarkeits-, Unterpfands- oder sonstigen Lasten, oder durch das Nichtdasein von Dienstbarkeitsrechten, die der Verkäufer zugesagt, widerfährt (Art. 1626, I).

Die Entwährung begründet nur dann einen Gewährleistungsanspruch, wenn sie aus einem Rechte entspringt, dessen Bestand älter ist als der Kauf, oder dessen Entstehung (wenn sie dem Kaufe nachfolgt) dem Verkäufer zuzurechnen ist. — Demnach ist die Gewährleistungspflicht vorhanden, wenn der Käufer durch das Uebergebot, welches ein Unterpfandsgläubiger einlegt, entwährt wird, weil dieses Uebergebot aus einem dem Kaufe vorgehenden Rechte entspringt. Umgekehrt würde sie nicht eintreten, wenn diese Entwährung entspränge: sei es aus einem (späteren) Rechte, dessen Bestande der Verkäufer fremd ist, sei es aus einer Handlung des

Staatsoberhauptes, oder in jedem anderen Falle höherer Gewalt;*) sofern übrigens diese Gewalthandlung nicht gerade auf das Anbringen des Verkäufers eingetreten ist. — Tritt dies aber auch im Falle einer Verjährung ein, welche schon vor dem Kaufe begonnen hat, und erst später vollendet wird? Die Einen wollen dies zulassen, indem sie sich darauf stützen, daß das Recht hierbei im Keime vor dem Kaufe vorhanden war; die Anderen sagen nein, weil die Verjährung nur in ihrer Vollendung ein Recht sei, somit hier die Entstehung dieses Rechts später falle als der Kauf.... Diese beiden Ansichten sind falsch, die eine wie die andere. Allerdings muß man die Entstehung des Rechts in's Auge fassen, und die Entstehung ist hier später als der Kaufabschluß; man muß aber auch darauf sehen, ob diese spätere Entstehung nicht dem Verkäufer zuzurechnen ist, und man könnte es sicher nicht in Abrede stellen, daß dem also sei, wenn die Verjährung z. B. länger als neun und zwanzig Jahre gegen ihn und nur einige Monate gegen den Käufer lief, der nicht einmal Kunde von derselben hatte. Bei dieser Frage wird es also auf eine Prüfung der Umstände hinauslaufen (Art. 1626, II; Zach. l. c.).

56. — Tritt die Gewährleistung auch bei Zwangsveräußerungen, wie bei freiwilligen Verkäufen, ein? Die Einen lassen sie zu, und gewähren sie sowohl dem Eigenthümer gegenüber, gegen den der Zugriff erwirkt wurde, als gegenüber dem Gläubiger, der den Zugriff erwirkt hat; Andere versagen sie gegen den Einen wie gegen den Andern.... Beider Seits ist man hier im Irrthum. Wenn einer Seits der der Zwangsveräußerung unterliegende Schuldner allerdings kein Verkäufer im vollen und gewöhnlichen Sinne des Wortes ist, so ist er es doch in dem Sinne, mit welchem wir es hier zu schaffen haben. Wir haben hier einen Besitzer, der, indem er sich als Eigenthümer der Sachen darstellt, die man mit seinem Wissen als ihm gehörig verkauft, sich den nämlichen

---

*) Anders verhält es sich mit der Handlung eines Richters, was auch, dem römischen Rechte folgend, Pothier darüber gesagt haben mag. Daraus, daß eine entschiedene Sache immer wahr ist (in gesetzlicher Hinsicht, so falsch sie in der Wirklichkeit auch sein mag), folgt, daß es, wenn auch mit Unrecht entschieden worden ist, das betreffende Gut gehöre dem Verkäufer nicht, rechtlich wahr wird, daß dieses Gut nicht auf den Käufer übertragen worden ist, und die Gewährleistungspflicht muß somit eintreten.

Vortheil verschafft und dem Käufer den nämlichen Nachtheil verursacht, als wenn er selbst verkaufen würde. Der betreibende Gläubiger dagegen ist durchaus kein Verkäufer; nicht er verkauft, sondern das Gericht verkauft für Rechnung und als gesetzlicher Gewalthaber des Schuldners. — Wenn der Betreibende auch nicht als Verkäufer auf Gewährleistung belangt werden kann, so ist es doch klar, daß er nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für die Fehler verantwortlich ist, welche er etwa bei Leitung der Betreibung sich zu Schulden kommen ließ; und ihrer Seits könnten die verwiesenen Gläubiger von dem entwährten Steigerer, sofern er ihnen seinen Kaufpreis bezahlt hat, mit der Rückforderungsklage belangt werden. Es liegt das auf der Hand, weil das Gesetzbuch das Rückforderungsrecht selbst da gestattet, wo die Summe wirklich geschuldet wurde, wenn der, welcher bezahlt hat, nicht der Schuldner war, und wenn der Steigerer dadurch, daß der Zuschlag wieder aufgehoben wird, eben gerade in die Lage kömmt, nicht Schuldner des Preises gewesen zu sein (Art. 1626, III).

Eben so gewiß ist, daß die Gewährleistung nicht allein von dem Käufer selbst, sondern auch von seinen Rechtsfolgern jeder Art, die eben eine Entwährung erleiden, gefordert werden kann. Richtig ist, das Pothier dieses Recht dem Geschenknehmer des Käufers versagte, und daß noch unter der Herrschaft unseres Gesetzbuchs eine gewichtige Stimme eine mit dem Grundsatze, der für diese Frage entscheidend ist, unvereinbare und ihm widersprechende Ansicht aufstellt. Die Beantwortung kann aber trotzdem nicht zweifelhaft sein. Allerdings hat ein Geschenknehmer (im Allgemeinen) seinem Geschenkgeber gegenüber kein Recht auf Gewährleistung; darin liegt aber kein Grund, daß er auch gegenüber dem Verkäufer dieses Geschenkgebers ein solches Recht nicht haben sollte. Jeder Veräußerer überträgt, vorbehaltlich entgegengesetzter Bestimmung, auf seinen Erwerber alle die Rechte und Klagen, die ihm bezüglich des veräußerten Gutes zustehen; folglich überträgt auch die Schenkung auf den Geschenknehmer die Gewährleistungsklage, welche der Geschenkgeber dem Verkäufer gegenüber hatte. Hiernach ist es begründet, wenn der Gerichtsgebrauch in gleicher Weise entscheidet, wie denn auch Domat früher schon ebenso entschieden hat (Art. 1626, IV).

57. — Die Betheiligten können die gesetzliche Verbindlichkeit zur Gewährleistung nach Belieben beschränken oder erweitern. Sie können sie erweitern und z. B. bedingen, daß sie sogar bei Hand-

lungen des Staatsherrschers oder anderen Fällen höherer Gewalt eintreten solle; nur ist begreiflicherweise ein so außerordentlicher Schluß nur dann zulässig, wenn der Wille der Vertragspersonen ganz klar ausgedrückt ist. Diese erweiterte Gewährleistung, die sich aus dem Vertrage ergibt, heißt zuweilen die thatsächliche Gewährleistung, im Gegensatze zu derjenigen, welche aus den Bestimmungen des Gesetzes selbst entspringt, und die den Namen rechtliche Gewährleistung führt. Umgekehrt kann man den Umfang der Verbindlichkeit beschränken oder sogar ganz aufheben; jedoch mit einer besonderen Bestimmung für die dem Verkäufer persönlich eigenen Handlungen. Wo Handlungen in Frage stehen, die dem Vertrage vorangingen, da steht begreiflicher Weise Nichts im Wege, bezüglich derselben die Nichtgewährleistung zu bedingen, vorausgesetzt, daß sie dem Käufer getreulich angegeben wurden; und wenn demnach eine allgemeine Erlassung dabei ungenügend ist, so hätte dagegen die besondere Erlassung, welche diese Handlung genau angeben würde, volle Wirksamkeit. Was aber noch künftige Handlungen betrifft, so läßt es die Redlichkeit nicht zu, den Verkäufer je davon frei zu sprechen. — Demnach kann man sagen, daß die Gewährleistung im Allgemeinen nur der Natur des Kaufvertrags eigen ist, und daß sie zu dessen Wesen nur bezüglich der dem Verkäufer persönlich eigenen Handlungen gehört, die dem Vertragsabschlusse nachfolgen, oder ihm zwar vorangehen, aber nicht speciell in demselben aufgeführt sind (Art. 1626, V).

58. — Die Gewährleistungsschuldigkeit kann entweder für die Entschädigung allein, oder für diese und den Ersatz des Preises zugleich wegfallen.

Der Verkäufer ist der Entschädigung entladen, während er jedoch Schuldner des Preises bleibt, — 1. wenn die Nichtgewährleistung ausbedungen ist; — 2. wenn da, wo die Kaufsakte in dieser Beziehung Nichts sagt, der Käufer die Gefahr der Entwährung kannte: wenn aber der Käufer in diesem Falle, wo er die Kenntniß erlangt hatte, sich die Gewährleistung ausbedungen hat, dann bleibt die Entschädigungsschuldigkeit. — Es macht übrigens keinen Unterschied, ob der Käufer diese Kenntniß durch eine ansdrückliche Erklärung des Schuldners oder sonst wie erlangt hat; und die Unterscheidungen, welche mehrere Schriftsteller (die überdies unter sich nicht einig sind) in dieser Beziehung zwischen Unterpfands- und anderen Lasten, oder zwischen den und den Unterpfandslasten und jenen anderen machen wollen, müssen im Hinblicke auf die

absolute Gesetzesbestimmung verworfen werden. So ist ihnen auch in der That vom Gerichtsgebrauche geschehen.

Der Verkäufer ist in vier Fällen frei von Entschädigung und dem Rückersatze des Kaufpreises: — 1. wenn die zwei oben angegebenen Umstände vereinigt sind, d. h. wenn zu gleicher Zeit die Nichtgewährleistung ausbedungen ist und der Käufer, zur Zeit des Kaufabschlusses, die Entwährungsgefahr kennt; — 2. wenn der Kauf auf Wagniß und Gefahr des Käufers geschlossen worden ist, ohne daß es hierbei darauf ankäme, ob ein Geding der Nichtgewährleistung in der Akte enthalten ist oder nicht; — 3. wenn die Entwährung durch das Verschulden des Käufers oder wenigstens durch dessen eigene Handlung herbeigeführt worden ist; wenn er sich z. B. verurtheilen ließ, ohne seinen Verkäufer zum Streite beizuladen und dieser den Nachweis liefert, daß er die Entwährung verhindert hätte; — 4. endlich wenn das Zurückbehalten des Preises bedungen worden ist; wie wenn z. B. gesagt worden ist: der Kauf ist abgeschlossen ohne Gewährleistung und ohne Rückerstattung der Kaufsumme. — Was die Ansicht, welche zwei Urtheilen zum Grunde liegt, anbelangt, daß eine Erlassung der Gewähr kraft Gesetzes schon dann vorhanden sei, wenn die Entwährung nicht ein Zwanzigstel der Sache wegnehme, so ist solche ohne alle Grundlage, und der höchste Gerichtshof hat sie mit Recht verworfen (Art. 1621, VI).

59. — Von selbst versteht sich der Satz, daß derjenige, welcher für die Entwährung Gewähr leisten muß, nicht selbst entwähren kann; und folglich genießt der Käufer einer Einrede der Gewährleistung gegen seinen Verkäufer, dessen Bürgen und gegen alle Universalsuccessoren des Einen wie des Anderen.

Wenn also der Eigenthümer einer a non domino verkauften Sache Erbe des Verkäufers oder dessen Universal-Vermächtnißoder -Geschenknehmer wird, so kann er nicht mehr entwähren. Zwar stimmen mehrere Schriftsteller dieser Ansicht bezüglich aller Erben oder Universal-Vermächtnißnehmer und auch der Geschenknehmer gegenwärtiger und künftiger Güter bei, während sie solche bezüglich des Geschenknehmers gegenwärtiger Güter darum verwerfen, weil ihrer Meinung nach hier eine an sich universelle Schenkung nur titulo particulari bestehe, da die Universalität streng genommen nur in dem liege, was das Künftige wie das Gegenwärtige umfasse. Diese Ansicht ist jedoch unhaltbar. Allerdings ist eine derartige Schenkung nicht im absolutesten Sinne des

Wortes eine universelle; sie ist es aber hinlänglich, um die fragliche Wirkung zu erzeugen. Der Grundsatz universi patrimonii, non certarum rerum, aes alienum onus est gilt ebensogut von dem gegenwärtigen Vermögen (bezüglich der gegenwärtigen Schulden), wie von dem gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen (bezüglich der gegenwärtigen und künftigen Schulden), weil es unmöglich ist, als eine Verfügung über specielle und bestimmte Sachen (certarum rerum) diejenige hinzustellen, welche im Klumpen alle Güter, Rechte und Klagen, die mir gehören, überträgt. Auch die Vorarbeiten zum Code haben sich für diesen in den Urtheilen allenthalben ausgesprochenen Sinn erklärt. — Jedermann ist damit einverstanden, daß in diesem Falle eines a non domino abgeschlossenen Verkaufs der Umstand, daß der Eigenthümer ein Minderjähriger ist, dessen Vormund die Güter als seine eigenen verkauft hat, und der nachher Erbe dieses Vormunds wird, der Anwendung der vorliegenden Regel nicht im Wege steht: das Gesetz macht bezüglich der Minderjährigen keinerlei Ausnahme von dem Grundsatze: wer Gewähr leisten muß, kann nicht entwähren. Zwei Schriftsteller lehren aber, daß es sich dann anders verhalte, wenn das Gut als ein Gut dieses Minderjährigen verkauft worden war, und der Verkauf nur wegen Mangels der vorgeschriebenen Förmlichkeiten nichtig ist; denn da, wie sie sagen, die Formmängel dem Käufer ebensogut zurechenbar sind als dem Verkäufer, so kann Letzterer aus diesem Grunde nicht gewährleistungspflichtig sein. Das ist ein Irrthum, den der höchste Gerichtshof mit Recht für einen solchen erklärt hat. Denn der Umstand, daß bei beiden Theilen eine gleiche Nachlässigkeit vorliegt, könnte wohl die Folge haben, daß die Entwährung kein Recht auf Entschädigung gegen den Verkäufer gibt, niemals aber würde er die Gewährleistung bezüglich der Rückgabe des Kaufpreises aufheben; weil nun der Verkäufer noch Gewähr leisten muß, so kann er auch nicht entwähren und sein Rechtsfolger kann es eben so wenig. . . . Und wie könnte in der That mein Verkäufer sich auf eine Nachlässigkeit, die uns gemein ist, berufen, um mich des Guts zu berauben? Wie könnte er mich aus dem Besitze treiben, er, der die Verbindlichkeit hat, meinen Besitz gegen Alle zu schützen? Offenbar kann er es nicht, und mithin sein Erbe eben so wenig.

Derjenige, welcher als Bürge des Verkäufers eingetreten ist (und welcher also vorkommenden Falls Gewähr leisten muß), kann niemals entwähren, und seine Erben können es also eben so wenig

als er. Es ist zwar richtig, daß ein gelehrter Professor das Gegentheil lehrt; das ist aber offenbare Ketzerei. Leer ist seine Behauptung, daß die Gewährleistungsschuldigkeit sich auf Entschädigungen beschränke, und daß darum der Erbe des Bürgen, wenn er diese Entschädigung zahle, entwähren könne; denn diese Schuldigkeit hat im Gegentheile vor Allem den freien Besitz der Sache zum Gegenstande und sie löset sich nur in dem Falle in eine Entschädigung auf, wo es unmöglich ist, den Besitz zu verschaffen. Und wem könnte es entgehen, daß wenn diese Ansicht des gelehrten Professors richtig wäre, sie nicht allein auf den Erben des Bürgen, sondern auch auf diesen Bürgen, wie auch auf den Erben des Verkäufers und auf den Verkäufer selbst ihre Anwendung finden müßte, und mithin die Regel quem de evictione etc. umstoßen würde (Art. 1626, VII).

60. — Außerordentlich bestritten ist die Frage, ob die Klage und Einrede der Gewährleistung theilbar sind oder nicht. Was die Klage betrifft, so gesteht Jedermann, abgesehen von einem Wortstreite, der sich für gewiegte Männer wenig ziemt, in der Hauptsache zu, daß sie in abstracto und an und für sich untheilbar, dagegen praktisch und in ihrem Vollzuge theilbar ist; bezüglich der Einrede aber ist der Streit eben so ernst als lebhaft und alt, und die Ansicht, die sich für die Untheilbarkeit ausspricht, als welche heut zu Tage noch einen constanten Gerichtsgebrauch für sich hat, wird von einem gewissen Ausleger des Gesetzbuchs als widersinnig, und wurde von Dumoulin als albern und dumm hingestellt! ... Trotzdem stehen wir keinen Augenblick an, sie die allein richtige, und die Urtheile, die so entscheiden, die allein gerechtfertigten zu nennen.

Bezüglich der Klage haben sich alle Schriftsteller mit Grund für die Meinung entschieden, daß, da sie den freien Besitz der Sache durch den Käufer, die Vertheidigung dieses Käufers gegen alle Störungen und Hindernisse, zum unmittelbaren Gegenstande hat, sie der Regel nach untheilbar ist, weil man den Erben eines Drittels oder Viertels nicht auffordern kann, den dritten oder vierten Theil eines Rechtsstreites auf sich zu nehmen, den dritten oder vierten Theil eines Titels vorzulegen. Wenn man aber von der Regel zu deren Anwendung übergeht, so steht es einer Seits in der Macht des belangten Erben, den Käufer nicht zu vertheidigen, und so die Verbindlichkeit (durch das Zustandekommen der Entwährung) sich in eine einfache und vollkommen theilbare Geld-

schuld umwandeln zu lassen, und da auf der andern Seite das gegen diesen Erben ergehende Urtheil den Anderen nicht entgegen gehalten werden könnte, so muß der Käufer Sorge tragen, alle Erben in den Streit zu ziehen, wie wenn es ein Fall einer Theilbarkeit wäre. Dies entkräftet, wie wir sehen, die Kritik, die gegen den höchsten Gerichtshof gerichtet wurde, weil er gesagt hatte (indem er sich weniger mit blosen Begriffen als mit der Wirklichkeit der Dinge befaßte), die Gewährleistungsklage sei theilbar; in ihren Ergebnissen und in der Praxis ist sie es wirklich.

Anders verhält es sich mit der Einrede. Rechtlich aus dem nämlichen Grunde untheilbar wie die Klage, weil sie die nämliche Gewährleistungsschuldigkeit zur Grundlage hat, ist sie es thatsächlich eben so, weil die Umstände, unter welchen sie auftritt, es gestatten, ihr in der Anwendung alle ihre Wirksamkeit zu geben. Es ist unglaublich, daß gerade diejenigen sich für die Untheilbarkeit in dem Falle entscheiden, wo sie keine Wirkung hervorbringen kann, d. h. im Falle der Klage, welche sie in dem einzigen Falle in Abrede stellen, wo sie wirksam wäre, d. h. im Falle der Einrede, und zwar auf zwei Gründe gestützt, die so sonderbar sind als die Lösung selbst. Der erste wird daraus abgeleitet, daß die Verbindlichkeit, zu *übergeben*, theilbar sei; nun handelt es sich aber nicht um die Verbindlichkeit, zu übergeben, sondern um die Verbindlichkeit, Gewähr zu leisten, und gerade die nämlichen Anhänger dieser falschen Ansicht lehren uns, daß „obgleich die erste *theilbar*, die zweite dennoch *untheilbar sei*.“ Der zweite Grund besteht darin, daß wenn die Verbindlichkeit, den Käufer zu schützen und zu vertheidigen, einer Seits untheilbar ist, so ist sie es auf der anderen Seite nicht so absolut, daß der Erbe des Verkäufers sie *nicht zuweilen* in eine Geldschuld umwandeln *könnte*, bei der er nur noch seinen Theil schuldig wäre; wie wenn dieses sonderbare Argument nicht von vornherein durch den Satz (welchen die Gegner für den Fall der Klage aufstellten) seine Widerlegung fände: daß diese Möglichkeit nur eine materielle Thatsache und kein Recht ist, eine materielle Thatsache, welche ja gerade im Falle der Einrede *nicht mehr vorliegt*! Unbegreiflich! gerade da, wo die Möglichkeit, eine untheilbare Verbindlichkeit in eine theilbare Schuld umzuwandeln, *nicht vorliegt* (der Fall der Einrede), bekennen sich die Anhänger von Dumoulin zur Theilbarkeit; sie, die nämlichen, welche, wenn diese Möglichkeit da ist (im Falle der Klage), trotzdem für die Untheilbarkeit stimmen.

In zwei Worten, die Gewährleistungsschuldigkeit der vielerlei Rechtsfolger eines Verkäufers ist ihrer Natur nach und so lange untheilbar, als sie sich nicht in eine einfache Geldschuld umwandelt. Da nun die Möglichkeit, deren Umwandlung zu bewirken, bei diesen Rechtsfolgern im Falle einer Gewährleistungsklage immer vorhanden ist, so wird diese Gewährleistungsklage, so untheilbar sie im Prinzipe ist, thatsächlich theilbar; da aber diese Möglichkeit im Falle einer Einrede nicht mehr vorliegt, so bleibt diese Einrede folglich thatsächlich wie rechtlich untheilbar. Es ist also wohlbegründet, wenn ein constanter Gerichtsgebrauch so entscheidet (Art. 1626, VIII).

61. — Wenn eine Entwährung eintritt, und die gesetzliche Verbindlichkeit zur Gewährleistung ist in Nichts modificirt, so ist der Verkäufer gehalten, den Kaufpreis zurückzugeben und Entschädigung zu zahlen. Wir unterscheiden Preis und Entschädigung; denn wenn es auch wahr ist, daß dieser letztere Ausdruck (trotz abweichender Ausdrucksweise des Code) die Vergütung des Aufwands wegen der Entwährung, der Kosten des Vertrags 2c. 2c. in sich schließt, so umfaßt er doch nicht auch, obgleich zuweilen das Gegentheil gesagt worden ist, den Kaufpreis. Der Käufer fordert diesen Preis nicht als Vergütung eines erlittenen Schadens, sondern weil er zur Ungebühr bezahlt hat, und seine Klage ist mithin eine einfache condictio indebiti. Der Preis muß auch immer in seinem ganzen Betrage ersetzt werden, mag auch das Gut zur Zeit der Entwährung einen geringeren Werth haben, sei es durch ein allgemeines Sinken der Güter der gleichen Art, sei es in Folge zufälliger Ereignisse, sogar der eigenen Nachlässigkeit des Käufers: da sich dieser für den Eigenthümer der Sache hielt, so konnte er sie vernachlässigen, ohne Jemanden deshalb zur Rechenschaft verbunden zu sein, und trotz seiner Nachlässigkeit hat er den Kaufpreis zur Ungebühr bezahlt (während er, wenn es sich um Entschädigung handeln würde, nur das Aequivalent von dem verlangen könnte, was er verliert). Und obgleich Pothier früher das Gegentheil lehrte, so bleibt diese Schuldigkeit des ganzen Betrags des Preises auch dann noch bestehen, wenn ein Theil dieser Sache zu Grunde gegangen ist, weil diese Art von Verlust gewiß nicht nachtheiliger ist, als der durch Nachlässigkeit des Käufers, welche das Gesetzbuch ausdrücklich zuläßt. — Wenn aber das Gut einer Seits in niedereren, anderer Seits in höheren Werth kam, so kann der Käufer nicht auch noch, indem er den ganzen Betrag des Preises

trotz der Werthsverminderung erhält, Entschädigung wegen der Werthserhöhung verlangen, weil diese Entschädigung nur für das gefordert werden kann, was die Sache über den Kaufpreis gilt, und hier die Sache durch diese Erhöhung des Werthes nur das erstattet, was die anderseitige Verminderung ihr entzieht (Art. 1630, I u. II).

Uebrigens kann der Käufer niemals (und es ist unbegreiflich, wie Pothier das Gegentheil sagen konnte), selbst dann nicht, wenn er sich an einen dem seinigen vorgehenden Verkäufer hält, der theuerer verkaufte, einen höheren Preis zurückfordern als der ist, den er bezahlt hat, und noch viel weniger mehrere Kaufpreise ansprechen. Man kann nicht, wie es ein neuerer Schriftsteller macht (der in dieser Beziehung in einen dem Irrthume Pothiers entgegengesetzten fällt und sich auch noch in einen schreienden Widerspruch verwickelt, weil er anderwärts den in der That unbestreitbaren Grundsatz, den er hier verwirft, annimmt) in Abrede stellen, daß ein Verkäufer alle Klagen, die ihm in Bezug auf die verkaufte Sache zustehen, auf seinen Käufer übertrage; aber klar ist es, daß diese Uebertragung nur als Anhängsel der Gewährleistung, welche diesem Verkäufer selbst obliegt, vor sich geht: es kann nie vorkommen, daß man sich die Rückzahlung dessen gewähren läßt, was man nicht ausgegeben hat. — Der Käufer hat also immer ein Recht auf seinen ganzen Preis, aber auch nur auf diesen Preis; *) und ebenso wie er alle Summen zurückfordern kann, die er unter dem Namen von Trinkgeld, Weinkauf u. s. w. bezahlt hat, weil sie ein Theil des Preises sind, ebenso kann der Verkäufer von seiner Ersatzsumme alle die Beträge abziehen, welche jenem, aus irgend einem Grunde, schon rückerstattet sind (Art. 1630, III).

Die Entschädigung umfaßt alle die Ersatzgegenstände, welche nicht zum Kaufpreise gehören, nämlich: 1. die Verwendungen, welche der Verkäufer auf das Gut etwa gemacht hat; 2. die Differenz, welche etwa zwischen dem Kaufpreis und dem höheren Werthe der Sache zur Zeit der Entwährung besteht. — Bei den Verwen-

---

*) Es ist hier nur von dem Preise die Rede; denn es versteht sich von selbst, daß außer diesem Preise noch die Entschädigung in Frage bleibt, in Folge deren der Erwerber das fordern darf, was er nicht ausgegeben hat. Auf diesen Titel der Entschädigung hin kann namentlich ein Geschenknehmer von dem Verkäufer seines Geschenkgebers den von diesem bezahlten Preis fordern.

dungen unterscheidet man nothwendige, nützliche und angenehme. Die ersteren müssen selbst dann ersetzt werden, wenn daraus auch gar kein Mehrwerth entstanden ist; bei den zweiten schuldet der Verkäufer nur den Mehrwerth, weil nur bezüglich dieses die Entwährung den Käufer in Verlust bringt; die letzteren lassen nur dann eine Vergütnng zu, wenn der Verkäufer zur Zeit des Vertragsabschlusses den Entwährungsgrund kannte. — Bezüglich der Differenz zwischen dem Preis und dem gegenwärtigen und höheren Werthe muß man mit Dumoulin und Pothier sagen, daß, wenn es sich um einen übermäßigen Mehrwerth handelt, der von außergewöhnlichen Ereignissen, die nicht vorher gesehen werden konnten, herrührt, der Verkäufer keine volle Schadloshaltung schuldet, sofern er nicht in bösem Glauben verkauft hat. Da diese Entscheidung den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entspricht, so könnte man sie nur durch eine förmliche Einrede widerlegen, und diese Einrede gibt es nicht (Art. 1630, V).

62. — In der vorhergehenden Nummer war eine gänzliche Entwährung unterstellt. Hier ist die Rede von einer theilweisen Entwährung, die, wie wir wissen, auf verschiedeue Arten vor sich gehen kann.

Zunächst liegt sie vor, wenn dem Käufer ein Theil der Sache entwährt wird; und man muß alsdann unterscheiden, ob dieser Theil von der Bedeutung ist oder nicht, daß man glauben kann, ohne ihn würde der Verkauf nicht stattgefunden haben. Würde dieser Kauf dennoch abgeschlossen worden sein, dann hat der Käufer nur ein Recht (abgesehen von anderen Entschädigungsansprüchen) auf eine Vergütung, welche dem wirklichen Werth dessen gleichkömmt, was ihm entwährt worden ist. Im entgegengesetzten Falle hat er die Wahl, diese gleiche Vergütung zu nehmen, oder vom Vertrage abzutreten, um sich den Preis, gegen Rückgabe des Restes der Sache, rückersetzen zu lassen. Da das Gesetz keinen Unterschied macht, so findet diese Regel auf die Entwährung eines unabgetheilten Theils, wie auf jede andere ihre Anwendung (Art. 1630—1637).

Es wird allgemein anerkannt, daß man unter diesen Fall der Entwährung, die nur einen Theil der Sache betrifft, auch den nehmen muß, wo die Sache nur in einer Reihenfolge von Genüssen oder Leistungen besteht (Nutznießung, Leibrente), und die Entwährung erst lange Zeit nach dem Verkaufe eintritt. Gilt aber auch das Gleiche bei Verkäufen von Thieren? Die Frage ist sehr be-

stritten; sie muß aber wohl bejahend entschieden werden. Man kauft kein Pferd, um es für immer zu behalten, wie ein Landgut: was der Käufer hier erlangen will, ist nicht das Pferd an sich, sondern die Dienste, die es ihm während fünfzehn bis zwanzig Jahren leisten kann; und man sagt daher ganz richtig, daß er, wenn man ihm das Pferd nimmt, nachdem er die Hälfte oder zwei Dritttheile dieser Dienste genossen hat, nur eine theilweise Entwährung erleidet (Art. 1630, IV).

Auch eine theilweise, der eben angegebenen alternativen Regel unterworfene Entwährung ist die, welche aus dem Vorhandensein verborgener Dienstbarkeiten oder anderer geheimer Lasten, welche der Verkäufer nicht angezeigt hat, oder aus dem Nichtvorhandensein von Dienstbarkeitsrechten, die zugesagt worden waren, entspringt. War im ersten Falle die Dienstbarkeit eine offene, so kann sich der Käufer nicht beklagen, weil er sie sehen konnte und sehen mußte. — Es versteht sich übrigens von selbst, daß hier, wie überall, die gesetzliche Regel durch ein besonderes Geding der Parteien modificirt und mehr oder weniger streng gemacht werden kann. Eben so selbstverständlich ist, daß die in dieser Nummer erläuterten Bestimmungen aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Titels von den Verbindlichkeiten ergänzt werden müssen (Art. 1638—1639; Zach. l. c.).

2. Von der Gewährleistung wegen verborgener Mängel.

63. — Wenn die verkaufte Sache zur Zeit des Kaufs mit verborgenen und dem Käufer unbekannten Mängeln behaftet ist, die den Gebrauch, zu welchem die Sache bestimmt ist, hindern oder wesentlich schmälern, dann kann der Käufer den Vertrag aufheben lassen, und daraus ist für diese Fehler der Name redhibitorische Mängel entstanden. Wir sagen, daß diese Mängel zugleich verborgen und dem Käufer unbekannt sein müssen; denn eine Gewährleistung könnte nicht mehr eintreten, wenn dieser beim Kaufe deren Grund kannte, oder wenn es sich um offene Mängel handelt, die er durch Besichtigung der Sache hätte entdecken können. In dieser letzteren Beziehung verhält es sich nur mit den Waaren anders, welche man nicht bei dem Kaufmann zu prüfen pflegt: eine constante Handelsübung läßt hier den Handelsmann als stillschweigend Gewähr dafür leistend erscheinen, daß die Sache in gutem Stande und derartig sei, wie sie gewöhnlich verkauft wird. Abgesehen aber von dieser Ausnahme, darf der Käufer die Mängel nicht haben be-

merken können. Was den Verkäufer betrifft, so ist es einerlei, ob er die Fehler gekannt hat oder nicht; nur gestattet ihm die Unkenntniß, in der er sich in dieser Beziehung befindet, sich durch ein ausdrückliches Geding freizumachen. — Diese Gewährleistungspflicht tritt bei jeder Art von Sachen ein, so gut bei Liegenschaften wie bei Fahrnissen. Sie tritt aber bei gerichtlich verordneten Käufen nicht ein (Art. 1641, I; Zach. §. 355).

Das Gesetzbuch hatte für keinen Fall die Frist bestimmt, in welcher der Käufer die Klage anstellen muß, es begnügte sich, auf den Ortsgebrauch zu verweisen. Das Gesetz vom 20. Mai 1838 hat diesem Stande der Dinge bei Käufen über solche Sachen ein Ende gemacht, welche die Klage am häufigsten veranlassen, nämlich bei solchen über Hausthiere; und man hat sich nur noch bei den anderen Käufen hierbei auch fernerhin an den Ortsgebrauch zu halten oder, in Ermangelung eines solchen, an eine sehr kurze Frist, deren Bestimmung das Gesetz den Gerichten überläßt. Das Gesetz vom J. 1838 bestimmt ferner mit Sorgfalt die einzelnen Fälle, welche jetzt die redhibitorische Klage bei den verschiedenen Thiergattungen zulässig macht; und um den früher sehr häufigen Betrügereien vorzubeugen, nimmt es den Käufern die Wahl (welche ihnen immer bei anderen als den Käufen über Hausthiere zusteht) zwischen der Aufhebung des Vertrags und der blosen Preisminderung: nur jene kann künftighin allein geltend gemacht werden. — In allen diesen Fällen muß der Verkäufer, wenn die Aufhebung eintritt, außer dem Kaufpreise auch noch die durch diesen Kauf veranlaßten Kosten ersetzen, und weiter, wenn ihm die Mängel bekannt waren, Entschädigung bezahlen (Art. 1641, II; Zach. l. c.).

Die Verantwortlichkeit des Verkäufers fällt außer den beiden Fällen, — 1. wo die Nichtgewährleistung von dem mit dem Fehler unbekannten Verkäufer ausbedungen wurde, und — 2. wo der Käufer zur Zeit des Kaufs diesen Mangel kannte, ferner weg, — 3. wenn die Sache durch Zufall zu Grunde gegangen ist; — 4. wenn sie durch Verschulden des Käufers zu Grunde ging; — 5. endlich in den Fällen des Rotzes, Wurms und der Schafpocken, wenn der Verkäufer beweist, daß das Thier seit der Uebergabe mit anderen von dieser Krankheit angesteckten Thieren in Berührung gebracht worden ist. — Im Falle widersprochen wird, daß der Fehler zur Zeit des Kaufs schon vorhanden war, oder daß, wenn die Sache zu Grunde ging, sie in Folge dieses Fehlers zu Grunde ging, steht dem Käufer keinerlei Vermuthung zur Seite

und er muß deshalb den Beweis seiner Behauptung liefern (Art. 1641, III; Zach. l. c.).

II. Abschnitt.

Von den Verbindlichkeiten des Käufers.

64. — Der Verkäufer hat zwei Verbindlichkeiten auf sich: die, den Kaufpreis zu bezahlen und die Lieferung anzunehmen.

1. Von der Verbindlichkeit, den Kaufpreis zu zahlen.

65. — Die Zahlung des Kaufpreises muß zur vertragsmäßigen Zeit und am vertragsmäßigen Orte geschehen; wo keine Bestimmung getroffen ist, zu der Zeit und an dem Orte, wo die Uebergabe zu geschehen hat, bei Verkäufen gegen Baarzahlung, und in der Wohnung des Verkäufers bei Verkäufen auf Ziel. In drei Fällen trägt der Kaufpreis Zinsen: — 1. wenn in dieser Richtung eine Bestimmung getroffen ist; — 2. wenn die verkaufte Sache Früchte trägt; — 3. wenn der mit der Zahlung säumende Käufer gerichtlich dazu aufgefordert worden ist. Im ersten Falle laufen die Zinsen von dem im Vertrage festgesetzten Tage an und in Ermangelung eines Vertrags vom Tage des Verkaufs an; im zweiten Falle vom Tage der Ueberlieferung an; im dritten Falle vom Tage der gerichtlichen Aufforderung an (Art. 1650—1652, 1153 Zach. §. 356).

Wenn der Käufer in seinem Besitze gestört wurde, oder hat er nur eine gegründete Furcht es zu werden, dann kann er mit der Zahlung zurückhalten, bis der Verkäufer die Störung beseitigt hat; sofern — 1. nicht vereinbart wurde, der Käufer solle trotz der Störung zahlen; — 2. er nicht beim Verkaufe die Gefahr der Störung gekannt hat; — 3. der Verkäufer nicht Sicherheit leistet (Art. 1653; Zach. l. c.).

66. — Wenn nicht bezahlt wird, dann kann der Verkäufer auf die Auflösung des Verkaufs klagen; diese Befugniß ist, mit Ausnahme des Falls einer Leibrente, welcher ausdrücklich davon befreit ist, im Code in absoluter Weise, sowohl für Fahrniß- als für Liegenschaftskäufe aufgestellt. Hieraus ergeben sich zwei Fragen, von denen die zweite sehr bestritten ist. — Da zunächst der Text des vorliegenden Titels bezüglich des Fahrnißverkaufs nicht von dem Rechte spricht, welches er dem Richter bezüglich des Liegenschaftsverkaufs verleiht, nämlich von dem Rechte, dem Käufer eine

Frist zu gewähren, muß man daraus schließen, daß dieses Recht bezüglich jenes nicht existirt? Diese Frage müssen wir verneinen, weil, wenn dieses Recht auch nicht hier geschrieben steht, es doch anderwärts bei den allgemeinen Grundregeln über die Verbindlichkeiten gegeben ist. Die zweite Frage ist die, ob der gute Glaube, der die Fahrniß von der Klage auf Auflösung für den Dritten befreit, welchem sie der Käufer verkauft oder als Faustpfand übergeben hat, die gleiche Wirkung für den Gläubiger erzeugt, welchem diese Fahrniß, nachdem sie durch Widmung immobilisirt worden, als Hypothekarpfand bestellt wurde. Ein angesehener Autor und einige Urtheile haben verneinend geantwortet, indem sie sich darauf stützen, daß der Erwerber der Fahrniß nicht mehr Rechte übertragen konnte als er selbst hatte; das ist aber ein Irrthum, weil der gute Glaube des Dritten gerade bewirkt, daß er ihm bei Fahrnissen das Recht gibt, das der nicht hatte, mit dem er kontrahirte. Mit Recht haben also andere Autoren und neuere Urtheile diese Ansicht verworfen. — Da der gute Glaube Dritter bei Liegenschaften die Wirkung nicht hat, das Eigenthum daran zu verrücken, so bleibt die Klage auf Auflösung gegen jeden dritten Erwerber oder Cessionar irgend welcher dinglichen Rechte zuläßig. Sie bleibt sogar für den Verkäufer erhalten, welcher das Vorzugsrecht verloren hat, das mit seinem Forderungsrechte verbunden war, weil dieses Vorzugsrecht und das Recht der Auflösung zwei verschiedene und von einander unabhängige Dinge sind, mithin das Aufhören des einen den Fortbestand des anderen nicht hindert (Art. 1654, I u. II, 1184, 1978; Zach. §. 181, 276, 302, 356).

67. — Da bei den Römern die auflösende Bedingung nicht kraft Gesetzes, sondern nur bei den Verkäufen galt, bei welchen sie ausdrücklich stipulirt war, so schloß man daraus, daß, wenn einmal das Ziel ohne Zahlung verstrichen ist und der Verkäufer, statt auf Auflösung zu klagen, seinen Kaufpreis verlangt, er dadurch sein Recht, die Auflösung zu erwirken, verliere, weil er an die Stelle eines auflösbaren Verkaufs einen unbedingten Verkauf setze. Das ist klar, daß diese Ansicht jetzt nicht mehr haltbar ist. Die auflösende Bedingung ist heut zu Tage stillschweigend und kraft Gesetzes in jedem Verkaufe enthalten, und es kann somit zu Nichts helfen, wenn man auch eine angebliche Substitution eines zweiten Verkaufs an die Stelle des ersten zulassen wollte, weil man die ausdrückliche Bedingung nur umgehen würde, um die Folgen der stillschweigenden auf sich zu laden. Nur aus Unachtsamkeit konnte

ein Autor das Gegentheil lehren, und man muß daran festhalten, daß Klagen auf Zahlung vom Verkäufer immer angestellt werden können, ohne daß er darum sein Recht verliert, die Auflösung zu erwirken. — Jedoch ist es klar, daß, wenn der Verkäufer, um zu seiner Zahlung zu gelangen, selbst den Weiterverkauf oder die Bestellung dinglicher Rechte provocirt oder gutgeheißen hat, er nicht mehr zum Nachtheil dritter Erwerber die Auflösung erwirken kann. Von selbst versteht es sich ferner, daß, wenn Gläubiger des Verkäufers die Klage auf Zahlung in dessen Namen angestellt und den Kaufpreis erhalten haben, dieser Verkäufer die Auflösung nicht mehr beantragen kann (Art. 1654, III; Zach. §. 356).

68. — Die ausgedrückte Resolutivbedingung geht leichter in Erfüllung als die stillschweigende; beide haben aber die gleichen Wirkungen. Ist die Bedingung ausdrücklich stipulirt, dann ist allerdings eine gerichtliche Aufforderung nothwendig, aber nach dieser Aufforderung ist der Verkauf auch aufgelöst und der Käufer kann von dem Gerichte keine Frist erhalten, während dies im Fall der stillschweigenden Bedingung eintreten kann, sofern nicht der Verkäufer Gefahr lauft, die Sache und den Kaufpreis zu verlieren. Die Wirkungen der Auflösung bestehen in beiden Fällen darin, daß sie die Sache in den gleichen Stand versetzen, als wenn der Verkauf nie stattgefunden hätte. Der Käufer muß also dieses Gut mit den Früchten, wenn er deren gezogen hat, zurückgeben und Entschädigung für Verschlimmerungen leisten, die er etwa verursacht hat. Auf der anderen Seite muß der Verkäufer den Theil des Kaufpreises zurückgeben, den er etwa empfangen hat, und nebstdem die Zinsen, wenn ihm Früchte zurückgegeben werden, und er erhält das Gut frei von allen Lasten, welche der Käufer etwa auferlegt hat, jedoch mit der Verpflichtung zurück, die von diesem abgeschlossenen Pachtverträge zu halten (Art. 1654, IV, 1183; Zach. l. c.).

Die Fragen, welcher Natur die Klage auf Auflösung ist und wie lange sie dauert, sind sehr einfach, obgleich sie bestritten worden sind. Die oben (Nr. 21) gegebene Erläuterung über die Klage auf Auflösung, die hier vollständig anwendbar ist, beweist bezüglich der Natur derselben, daß sie dem Käufer gegenüber, der das Gut noch besitzt, gemischt, dem Käufer gegenüber, der es nicht mehr besitzt, persönlich, und dem dritten Erwerber gegenüber dinglich ist. Wenn es, was ihre Dauer anbelangt, gewiß ist, daß sie dem Käufer gegenüber dreißig Jahre dauert, so ist es, trotz entgegengesetzter

Entscheidung einiger vereinzelten Urtheile, nicht weniger gewiß, daß sie bei Liegenschaften, die auf einen dritten Erwerber übergegangen sind, nicht absolut und immer dreißig Jahre, sondern bald dreißig und bald nur zehn oder zwanzig Jahre beträgt, je nachdem der dritte Erwerber in gutem Glauben ist oder nicht. Es liegt in der That hier gar kein Grund vor, warum man dem gutgläubigen Besitz die Wirkung versagen sollte, die das Gesetz ihm verleiht (Art. 1654, V, 2265; Zach. l. c.).

2. Von der Verbindlichkeit, die Sache zu übernehmen.

69. — Der Käufer muß die Sache übernehmen, entweder zu der vertragsmäßigen, oder der durch Ortsgebrauch bestimmten Zeit, oder, in Ermangelung einer Uebereinkunft und eines Ortsgebrauchs, sofort nach dem Verkauf.

Uebernimmt der Käufer die Sache nicht, dann hat der Verkäufer nach der gerichtlichen Aufforderung die Wahl, die Zahlung des Kaufpreises oder die Auflösung des Verkaufs zu verlangen; wo es sich um Fahrnißgegenstände handelt, kann er sich außerdem ermächtigen lassen, sie an einem bestimmten Orte zu deponiren. Wenn bei Fahrnißgegenständen die ausdrücklich festgesetzte Frist der Empfangnahme fruchtlos verstrichen ist, so gilt der Verkauf für den Verkäufer sofort, ohne Urtheil oder gerichtliche Aufforderung, für aufgelöst. — Zwei Schriftsteller lehren, diese Auflösung kraft Gesetzes müsse sogar da zugelassen werden, wo es an einer Uebereinkunft wegen der Empfangnahme fehle; diese Ansicht können wir jedoch nicht theilen, weil es sich auf der einen Seite um eine außergewöhnliche Verfügung handelt, die als solche nicht auf unvorgesehene Fälle ausgedehnt werden darf, und weil auf der anderen Seite eine specielle Uebereinkunft über das Ziel ganz natürlich auch von Seiten des Käufers an den Verkäufer das Zugeständniß des Rechts in sich schließt, nach Ablauf des Termins über die Sache zu verfügen, ein Zugeständniß, das wir in den andern Fällen nicht finden (Art. 1657, 1135, 1264; Zach. §. 356).

Viertes Kapitel.

Von dem Verkaufe von Forderungen und anderen Rechten.

70. — Der Verkauf von Rechten und Klagen, d. h. von unkörperlichen Sachen, steht im Allgemeinen unter den gleichen Grundsätzen, wie der von körperlichen Sachen; der Code stellt

aber noch einige specielle Regeln auf: — 1. für den Verkauf von Forderungen; — 2. für den einer Erbschaft; — 3. für den von streitigen Rechten.

I. Von dem Verkaufe von Forderungen.

71. — Zwischen Käufer und Verkäufer wird der Verkauf einer Forderung, wie jeder andere Verkauf, durch die blose Einwilligung der Betheiligten perfect; Dritten gegenüber wird er aber erst perfect und bewirkt erst dann den Eigenthumsübergang, wenn dieser Verkauf dem Schuldner bekannt gemacht worden ist, oder wenn dieser Schuldner in authentischer Urkunde die Uebertragung angenommen hat. Waren mehrere Verkäufe der nämlichen Forderung am gleichen Tage, aber ohne Angabe der Stunde bekannt gemacht oder angenommen worden, dann stehen die verschiedenen Gläubiger auf der gleichen Linie, d. h. jeder ist zu seinem Antheile Eigenthümer. Jedoch macht das Gesetz bekanntlich mit verschiedenen Forderungen eine Ausnahme von der Förmlichkeit der Bekanntmachung oder der Annahme: dahin gehören die Wechsel und billets à ordre, die Renten auf den Staat, die Aktien der französischen Bank 2c. 2c. (Art. 1689, I; Zach. §. 359).

72. — Aus dem Grundsatz, daß das Eigenthum der Forderung in Bezug auf Dritte nur durch die Bekanntmachung oder die Annahme des Akts auf den Erwerber übergeht, folgt: — 1. daß, so lange die vorgeschriebene Förmlichkeit nicht erfüllt ist, immer nur der Cedent, als der alleinige Eigenthümer Dritten gegenüber, gegen diese klagen kann, und daß, wenn man dem Cessionar auch das Recht einräumen muß, Erhaltungsmaßregeln zu treffen, dies einzig darum der Fall ist, weil derartige Akte stets gerne gesehen und beiden Theilen zugleich gestattet werden müssen; — 2. daß der Cedent den Schuldner zur Zahlung zwingen kann, ohne daß dieser sich auf die Cession berufen könnte und daß umgekehrt der Schuldner sich dem Cedenten gegenüber frei machen kann, ohne daß der Cessionar, indem er die Förmlichkeit später erfüllt, die Befreiung anfechten kann; — 3. daß von zwei aufeinanderfolgenden Käufern der nämlichen Forderung der zweite Eigenthümer wird, wenn er vor dem ersten die Bekanntmachung oder Annahme erwirkt; — 4. daß endlich, so lange die Förmlichkeit nicht erfüllt worden ist, die Gläubiger des Verkäufers mit Rechtswirkung die cedirte Forderung mit Beschlag belegen lassen können. — Diese letzte Consequenz gibt Veranlassung zu einer großen Schwierigkeit.

Das ist allgemein anerkannt, daß die Signifikation oder Acceptation, welche der Cessionar nach der Beschlaganlage aber vor Zuscheidung der Gelder bewirkt, selbst einem Beschlage gleich steht und ihm das Recht gibt, mit dem Beschlaglegenden nach dem Kreuzer auf den Gulden zu concurriren. Man ist ferner einig, daß spätere Beschlaganlagen dem Cessionar gegenüber kraftlos sind, und daß die Cession, dieser gegenüber, als Cession und nicht nur als Beschlag wirkt. Aber die Einhelligkeit verschwindet und drei entgegengesetzte, insgesammt unrichtige Ansichten tauchen auf, wenn es sich darum handelt, die Beziehungen des Cessionars zu den früheren und zu den späteren Beschlaglegenden zu regeln (Art. 1689, II; Zach. l. c.).

73. — Bezüglich der Regelung dieser Beziehungen lehrt ein Theil, daß die Beschlaglegenden, die später sind als die Signifikation oder die Acceptation, kein Recht, weder den früheren Beschlaglegenden noch dem Cessionar gegenüber haben. Das ist falsch, weil jeder vor der Zuscheidung und zu einer Zeit angelegte Beschlag, wo die Gelder noch in Gerichtshanden sind, ein Recht auf diese Gelder gibt. — Die zweite Ansicht, welcher der Gerichtsgebrauch huldigt, läßt die späteren Beschlaglegenden zur Theilung mit den früheren Beschlaglegenden zu; sie gibt aber diesen das Recht, auf den Cessionar wegen der ganzen Summe zurückzugreifen, welche ihnen auf diese Weise genommen wird. Das ist unzulässig, weil man damit die späteren Beschlagsanlagen auf den Cessionar zurückwirken läßt, dem gegenüber sie wirkungslos sind. — Andere endlich geben den früheren Beschlaglegenden einen Rückgriff auf den Cessionar nur wegen der Differenz zwischen der Summe, die sie bei der Vertheilung erhalten, und der Summe, die sie erhalten hätten, wenn der Cessionar selbst nur ein Gläubiger gewesen wäre. — Diese letzte Ansicht, welche der Wahrheit am nächsten kommt, trifft sie doch nicht ganz; bald gibt sie dem Cessionar zu viel zum Nachtheil des letzten Beschlaglegenden, bald diesem zu viel zum Nachtheil jenes.

Unsere Ansicht ist folgende:

Wenn es im Interesse des Cessionars liegt, als einfacher beschlaglegender Gläubiger behandelt zu werden, dann theilen alle, er wie die anderen, verhältnißmäßig. Liegt es in seinem Interesse, als Cessionar behandelt zu werden, dann muß Zweierlei geschehen: — 1. es muß ihm Alles gegeben werden, was die Summe übersteigt, für welche vor der Signifikation Beschlag angelegt war; —

2. muß die gleiche Summe unter die früheren und späteren Beschlaglegenden getheilt werden, indem man jenen Alles gibt, was sie erhalten hätten, wenn der Cessionar nur ein Gläubiger gewesen wäre, während diese nur den Ueberschuß erhalten (Art. 1689, III u. IV; Zach. l. c.).

74. — Der Verkauf einer Forderung umfaßt natürlich alle Accessorien dieser Forderung. Die Bürgschaft, das Vorzugs- oder Unterpfandsrecht, welche eine Forderung sicher stellen, das Recht, zum persönlichen Verhaft zu greifen, um Zahlung zu erzwingen, das Recht, die künftigen oder die bereits verfallenen Zinsen einzuziehen, sind Accessorien dieser Forderung und sind als solche in der Cession mitbegriffen, wenn nicht das Gegentheil vereinbart worden ist. — Da hiernach jede Cession einer Forderung alle Accessorien dieser Forderung umfaßt, so muß auch zugegeben werden, daß, wenn die Forderung wegen der Form des Akts, der sie konstatirt, durch ein einfaches Indossament übertragen werden kann, die Vorzugs- oder Unterpfandsrechte, welche sie sicher stellen, auf die gleiche Weise und zur gleichen Zeit übertragen werden (Art. 1692, I u. III; Zach. l. c.).

Jedoch verhält es sich nicht mit allen Rechten so, welche dem Cedenten kraft des Akts zustehen, durch welchen die Forderung ihr Entstehen erhalten hat. Der Cessionar der Forderung z. B., welche mir an Paul wegen der Liegenschaft zusteht, die ich ihm verkauft habe, kann nicht bei ausbleibender Zahlung die Klage auf Auflösung anstellen; er kann, wenn der Preis unter fünf Zwölftel des Werthes steht, keine Rescissionsklage erheben; und nur aus Unachtsamkeit haben Autoren das Gegentheil lehren können, indem sie die Cession aller Rechte und Klagen, die ich gegen Paul habe, mit der der Forderung, die ich an ihn habe, vermengen. Das Recht, auf Auflösung des Verkaufs der Liegenschaft zu klagen und diese Liegenschaft zurückzunehmen, ist kein Zubehör der Forderung, weil es nur entstehen kann, wenn diese besteht (indem die Klage auf Auflösung den Verzicht auf das Recht, die Zahlung zu verlangen, in sich schließt). Das Recht, den Vertrag wegen Preisniedrigkeit umzustoßen, hat noch viel weniger den Character einer Zubehörde des Forderungsrechts auf diesen Preis (Art. 1692, II; Zach. l. c.).

75. — Der Verkauf von Forderungen verpflichtet ebenso wie jeder andere den Käufer zur Gewähr, und man unterscheidet auch hier die gesetzliche oder rechtliche Gewähr und die bedungene

oder thatsächliche Gewähr. Die rechtliche Gewähr, welche nicht schon durch die einfache Erklärung hinwegfällt, der Verkauf sei ohne Gewähr geschlossen (da sich dieser Ausdruck hier, nach dem Wortlaute des Gesetzes, nur auf den Ausschluß der bedungenen Gewähr bezieht), hat die Existenz der Forderung, deren Rechtsgültigkeit und das Eigenthumsrecht der Cedenten daran zum Gegenstand: der Mangel eines dieser drei Erfordernisse verpflichtet ihn zur Rückgabe des Cessionspreises sammt den Zinsen, den Kosten des Akts, den Prozeßkosten und der Entschädigung für alle anderen Verluste, welche die Cession dem Cessionar etwa verursacht haben mag (Art. 1693, I; Zach. l. c.).

Die Betheiligten können durch besonderes Uebereinkommen die gesetzliche Gewähr nicht allein beschränken, sondern sie auch aufheben, wie sie solche umgekehrt auch ausdehnen können. — Eine gänzliche Erlassung der Gewährleistungspflicht tritt nur dann ein, wenn die Forderung für zweifelhaft erklärt worden war, oder der Käufer sie auf seine Gefahr genommen, oder wenn er beim Verkauf die Gefahr der Entwährung gekannt hat. Außerdem bleibt der Verkäufer trotz seiner Stipulationen zur Rückgabe des Kaufpreises verpflichtet und sie befreien ihn nur von der Rückgabe der Accessorien. — Die Gedinge, welche die Gewährleistungspflicht ausdehnen, können in drei Klassen eingetheilt werden. Der Verkäufer kann gutstehen: — 1. nur für die gegenwärtige Zahlungsfähigkeit des Schuldners; — 2. für dessen gegenwärtige und künftige Zahlungsfähigkeit; — 3. endlich dafür, daß er selbst zahlt, entweder nach einer einfachen Zahlungsaufforderung, oder ohne solche Aufforderung mit dem Fälligwerden, wo dann der Cessionar weder auf den Schuldner, noch auf die Bürgen oder Unterpfänder zu greifen braucht. Von selbst versteht es sich, daß man, im Zweifel über die Tragweite eines ausdehnenden Gedings, bei der engeren Bedeutung stehen bleiben muß; das muß aber zugegeben werden, daß die einfache Erklärung, der Verkauf sei mit Gewähr abgeschlossen worden, von der thatsächlichen Gewähr zu verstehen ist, und somit zu deren Einführung genügt (jedoch nur im ersten Grade).

Klar ist es, daß die thatsächliche Garantie, des ersten wie des zweiten Grades, nicht mehr geschuldet wird, wenn durch die That des Cessionars, oder auch nur durch dessen Nachlässigkeit die Forderung oder deren Sicherheiten zu Grunde gegangen sind. Zwar lehrte Pothier in seinem Traité des Obligations das Gegentheil für den Fall einer bloßen Nachlässigkeit auf den Grund der alten Ge-

setze der Römer; es war das aber ein Irrthum, der um so mehr in das Auge springt, als der durch diese Gesetze eingeführte Stand der Dinge durch das römische Recht selbst später geändert worden ist, ein Irrthum, von dem sich Pothier selbst in seinem Traité de la Vente lossagt und der mit Recht von allen anderen Autoren verworfen wird. — Die Gewähr des dritten Grades fällt durch die That des Cessionars offenbar auch hinweg; fällt sie aber auch wegen einfacher Nachlässigkeit hinweg? Ein angesehener Autor antwortet verneinend; man muß jedoch statt dieser absoluten Antwort unterscheiden. Wenn der Cedent beim Verkaufe der Forderung deren Titel behalten hat, dann ist die Antwort richtig; hat er diese Titel dem Cessionar übergeben, dann liegt die Absicht vor, diesem die Maßregel aufzuladen, die zu ergreifen von Nutzen ist, und dieser hat somit die Folgen zu tragen, welche aus deren Nichtergreifung entspringen (Art. 1693, II u. III; Zach. l. c.).

II. Von dem Verkaufe einer Erbschaft.

76. — Der Verkauf einer Erbschaft (oder der Verkauf von Erbrechten) ist nur die Cession eines Rechts, eines nomen juris, einer unkörperlichen Sache; man zählt sechs Arten: — 1. der Verkauf des (gewissen) Rechts, das der Cedent an eine Erbschaft zu haben behauptet; — 2. Der Verkauf eines blosen Anspruchs auf diese Erbschaft, der als solcher cedirt wird; — 3. Der Verkauf des (für gewiß erklärten) Rechts mit Angabe des Bestands oder des Betrags der Erbschaft; — 4, 5. und 6. der Verkauf, der (in den vorerwähnten drei Fällen) nur das Aktivvermögen der Erbschaft umfaßt, während der Schuldenstand auf Rechnung des Verkäufers bleiben soll. — Der Code beschäftigt sich nur mit dem ersten dieser sechs Fälle; wenn man aber die Regeln, die er dafür aufstellt, mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zusammenhält, so findet man leicht auch die, welche in den anderen Fällen zu befolgen sind.

Wer (absolut und ohne Zusatz, wie auch ohne Beschränkung) seine Erbrechte, aktive wie passive, verkauft, garantirt kraft Gesetzes (und vorbehaltlich einer ausgedehnteren Garantie kraft Gesetzes) nur für die Existenz seines Erbtitels und für seine persönlichen Handlungen. Diese Gewähr umfaßt das Versprechen folgender vier Dinge: — 1. daß die genannte Erbschaft bereits eröffnet ist; — 2. daß der Verkäufer entweder zu dem Ganzen oder zu dem von ihm angegebenen Betrag berufen ist; — 3. daß er

nicht verzichtend, oder unwürdig, oder durch ein Universallegat ganz oder zum Theil davon ausgeschlossen ist; — 4. daß er Nichts unternimmt, was das zu übertragende Recht mindern oder stören könnte. — Im Fall der Eviktion hat der Verkäufer zu leisten: den Rückersatz des Preises; den der Vertragskosten; den der etwaigen Prozeßkosten; endlich, geeigneten Falls, Entschädigung. Wir sagen, er hat den Preis zurückzugeben, ohne zu unterscheiden, ob die Beraubung des Käufers daher kommt, daß die Erbschaft nicht existirte, oder nur daher, daß sie einem Anderen als dem Verkäufer gehörte. Zwar gibt es Autoren, die hier in Anwendung des römischen Rechts zwischen den beiden Fällen einen Unterschied machen, und sagen, im zweiten sei statt des Kaufpreises der Werth der Erbschaft Gegenstand des Rückersatzes (ein Werth, der sehr verschieden von dem Preis sein kann, namentlich wenn die Eviktion erst lange Zeit nach dem Verkaufe eingetreten ist); diese Unterscheidung ist jedoch unzulässig und die römische Regel unanwendbar, weil die ehemaligen Grundsätze über den Verkauf einer fremden Sache durch den Code geändert worden sind und der Verkauf einer Erbschaft, die dem Verkäufer nicht gehört (der ehedem gültig war), ist heut zu Tage eben so nichtig, wie der einer Erbschaft, die nicht existirt (Art. 1696, I u. II; Zach. l. c.).

77. — Da der Verkäufer, ohne, genau genommen, seinen Erbentitel (was nicht möglich ist) zu übertragen, doch alle die pekuniären, aktiven wie passiven, Rechte, die mit diesem Titel verbunden sind, überträgt, so hat der Käufer also (abgesehen von einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalt in dieser Hinsicht) den ganzen Vortheil der Erbschaft zu beziehen, wie er auch (abgesehen von einem Vorbehalt) alle Schulden und Lasten dieser Erbschaft zu tragen hat.

Auf der einen Seite gehört ihm aller Vortheil; und mithin hat er ein Recht auf den Werth der Erbschaftsstücke, die der Erbe verschenkt hat. Dem kann nicht entgegen gehalten werden, daß der Erbe hier keinerlei Vortheil aus der Veräußerung zieht; denn die Frage liegt, abgesehen davon, daß er daraus den moralischen und den pekuniären Vortheil zieht, der mit dem Titel eines Geschenkgebers verbunden ist, doch nicht darin; die Frage ist vielmehr die, daß die verschenkten Sachen einen Theil des Aktivvermögens der Erbschaft ausmachen, und daß dieses Aktivvermögen dem Käufer gehört. Zwar ist das der Fall, in dem man leicht einen stillschweigenden Vorbehalt finden kann; dieser Vorbehalt muß aber

existiren. War der Erbe vor Eröffnung der Erbschaft Schuldner des Verstorbenen geworden, oder hatte er eine seiner Liegenschaften zum Vortheile eines Guts desselben mit einer Dienstbarkeit belastet, so lebt die Schuld oder die Dienstbarkeit zum Vortheil des Käufers wieder auf. — Nach diesem so einfachen Grundsatze gehört dem Käufer auch der Theil der Erbschaft, welcher dem Verkäufer durch Zuwachs anerfällt. Das ist offenbar, weil der Zuwachs nur eine Darlegung und ein Theil des Rechts auf die Erbschaft ist. Hatte jedoch der Erbe im einzelnen Falle nur den Theil verkauft, der ihm wirklich, oder seiner Meinung nach, anerfallen war, während er die Eventualität eines Zuwachses vorbehielt, dann gehört dieser Zuwachs ihm; aber er gehört ihm nicht, wenn weder eine Einschränkung noch ein Vorbehalt gemacht ist. — Eine einzige Klasse von Dingen ist als ihrer Natur nach und so lange nicht eine entgegengesetzte Absicht dargethan ist, vorbehalten anzusehen. Es sind dies diejenigen, welche einen großen moralischen Werth für den Erben haben, ohne für den Käufer irgend eine pekuniäre Wichtigkeit zu bieten, als da sind: Familienpapiere, Adelsbriefe ꝛc. ꝛc.

Auf der anderen Seite hat der Käufer die ganze Schuldenlast zu tragen. Er muß also dem Erben die Begräbnißkosten, die Erbschaftsaccise und alle anderen Erbschaftslasten, die derselbe gedeckt hat, verrechnen; und die Cession läßt für diesen Erben die Forderungen oder Dienstbarkeiten wieder aufleben, die ihm etwa auf die Güter des Verstorbenen zustehen. Muß der Käufer aber den Verkäufer auch für die Summen entschädigen, welche dieser in der Meinung bezahlt hat, die Erbschaft schulde sie, während dem nicht also war? Sicherlich nein. Zwar ist der Erbe nicht haftbar für die Verwaltungsfehler, die er sich, während er Herr der Güter war, zu Schulden kommen ließ (er ist nur für seine Gefährde verantwortlich); das aber, daß der Käufer gegen den Erben nie auf Schadloshaltung klagen kann, ist gewiß kein Grund dafür, daß dieser je gegen jenen klagen könnte: sich auf seine eigene Gefährde zu stützen, um Entschädigung zu verlangen, das wäre denn doch zu stark (Art. 1696, III und IV; Zach. l. c.).

78. — Wir haben noch drei wichtige Bemerkungen zu machen: — 1. Nur unter den Vertragspersonen entbindet der Verkauf einer Erbschaft den Erben von der Zahlung der Schulden; und den Erbschaftsgläubigern bleibt es freigestellt, auf ihn wie vor dem Verkaufe zu greifen. Sie können zwar auch den Käufer be-

langen, dies geschieht aber nur jure debitoris, im Namen des Erben und mittelst der Klage, welche der Vertrag diesem gibt. — Die Erbschaftsschuldner können von dem Käufer direkt von dem Augenblick an belangt werden, wo die Signifikation oder Acceptation der Cession stattgefunden hat.

— 2. Der Erbberechtigte, welcher die Erbschaft, ehe er sich über deren Annahme erklärt hat, ohne Erläuterung verkauft, nimmt damit einen Akt eines Erben vor, welcher gegen ihn und seinen Erwerber die Folgen einer unbedingten Annahme nach sich zieht; das bleibt aber den Betheiligten unbenommen, im Vertrag zu erklären, daß sie sich bei ihrem Handel den Gebrauch des beneficium inventarii vorbehalten. Hatte der Erbe schon vor dem Verkaufe seine Erklärung der Annahme cum beneficio abgegeben, dann zieht der Verkauf an und für sich den Verfall des beneficii nicht nach sich, und es ist nicht unumgänglich nothwendig (wenn es auch klug sein mag), sich in dieser Hinsicht auszusprechen.

— 3. Endlich braucht der Verkauf einer Erbschaft durchaus nicht notificirt oder acceptirt zu werden, um Dritten gegenüber wirksam zu sein. Wenn die verkaufte Erbschaft Forderungen enthält, dann ist zwar die Signifikation an die Schuldner oder die Annahme durch dieselben wegen des Uebergangs des Eigenthums an diesen Forderungen Dritten gegenüber nothwendig; wenn aber auch der Akt notificirt und acceptirt werden muß, in so weit er als Verkauf von Forderungen dasteht, so ist dies doch durchaus nicht nothwendig, insofern man ihn als Erbschaftsverkauf betrachtet. Es ist das um so einleuchtender, als der Schuldner, dem notificirt oder von dem acceptirt werden sollte, hier gar nicht existirt. Irrig ist es, wenn man ihn auf der einen Seite in dem Miterben des Verkäufers sehen will (weil zwei Miterben oder andere Miteigenthümer von Liegenschaften ganz sicher nicht Schuldner und Gläubiger sind); und auf der anderen Seite kann auch ein Alleinerbe ebensogut eine Erbschaft verkaufen, als einer von mehreren Miterben (Art. 1696, V; Zach. l. c.).

III. Von dem Verkaufe streitiger Rechte.

79. — Die Käufer von Prozessen wurden von jeher mit schiefen Augen angesehen; und der Code wiederholt nur einen Grundsatz des römischen Rechts, wenn er demjenigen, gegen welchen ein streitiges Recht cedirt worden ist, gestattet, sich dadurch frei

zu machen, daß er dem Cessionar den Kaufpreis sammt Kosten und Zinsen ersetzt.

In Uebereinstimmung mit dem Gerichtsgebrauch des Parlaments von Paris setzt der Code, der bei einer Verfügung, die darauf abzielt, einen Prozeß zu beseitigen, keiner Erwägung Raum geben will, welche selbst ein Prozeß wäre, hier den Character der Rechte nur in die materielle Thatsache und bestimmt, daß sie für streitige erklärt sind oder nicht, je nachdem sie im Augenblick des Verkaufs Gegenstand eines Prozesses sind oder nicht.

Zunächst muß also ein Prozeß vorliegen; es genügt somit weder an einer Ladung zum Vergleichsversuch, weil das nur ein Akt ist, der einen Prozeß verhindern will, noch an dem Protokoll über das Fehlschlagen des Vergleichsversuchs, weil hier erst ein Prozeß bevorsteht, aber noch nicht existirt. Im gesetzlichen Sinne liegt ebenfalls kein Prozeß vor, wenn der Beklagte die Einrede der entschiedenen Sache vorschützt und derselben stattgegeben wird, weil damit entschieden ist, daß der Rechtsstreit unmöglich sei. Dagegen haben wir einen Prozeß nicht allein dann, wenn die Verhandlung nach ihrer Beendigung in erster Instanz in der Appellationsinstanz wieder aufgenommen wurde, sondern auch dann, wenn, nach zweimaliger Aburtheilung in erster und zweiter Instanz, die Parteien die Sache beim Kassationshof anhängig machen; denn der Umstand, daß das neu zu ergehende Urtheil, wenn es kassirt wird, nicht von diesem Hofe, sondern von dem Gerichte erlassen wird, an welches er es verweist, hindert nicht, daß jetzt ein Streit, der die Sachen in Frage stellt, d. h. ein Prozeß besteht.

Ferner muß der Prozeß das Wesen des Rechts betreffen, d. h. die Frage dieses Prozesses muß gerade die Existenz des Rechts sein. Behauptet z. B. der Beklagte, das Recht sei verjährt oder wegen Nichteinhaltung einer bestimmten Förmlichkeit gar nicht zu Stande gekommen, dann ist trotzdem, daß es sich um die Verjährung oder Formen handelt (d. h. um Vertheidigungsmittel, die man von denjenigen unterscheidet, welche das Wesen betreffen) ein Prozeß über das Wesen des Rechts vorhanden, weil es sich gerade fragt, ob dieses Recht existirt. Wenn dagegen der am Tage vor Ablauf der Verjährungsfrist angestellten Klage die blose Nichtigkeit der Ladung entgegengehalten wird, dann bleibt der Prozeß, trotz des faktischen Umstandes, daß die Aufhebung der Ladung in ihrer Rückwirkung auch die Erlöschung des Rechts nach sich zieht,

dem Wesen des Rechts dennoch fremd, weil die Frage nicht die Existenz des Rechts, sondern nur die Rechtsbeständigkeit der gegenwärtigen Verhandlungen betrifft (Art. 1699, I; Zach. §. 359).

80. — Wer den Vorkauf ausüben will, der muß dem Cessionar den wirklichen Cessionspreis, die Zinsen daraus, die redlichen Vertragskosten und den im Rechtsstreit bis zur Klage auf Vorkauf gemachten Aufwand ersetzen. Der wirkliche Preis muß bezahlt werden, und wenn der Schuldner beweist, daß der angegebene Preis erlogen ist und daß nur eine geringere Summe bezahlt wurde, dann hat er diese zu ersetzen. Ebenso hat er von dieser die Zinsen zu zahlen, und nur nach ihr wird der Betrag der zu vergütenden Accise berechnet. Zwar kann hier der Käufer einen beträchtlichen Verlust erleiden; das ist aber eben so wünschenswerth, als es gesetzlich ist, weil das keine redlichen Kosten mehr sind und es ganz billig ist, wenn der Verlust der Summen, die ausgegeben wurden, um einen Betrug zu verüben, den Betrüger und nicht den Betrogenen trifft. — Im Falle eines Tausches ersetzt man den Schätzungswerth des vom Erwerber gegebenen Gutes.

Die Regel des Vorkaufs findet Anwendung sowohl auf liegenschaftliche als auf fahrende Rechte, der Akt mag ein Recht oder ein Gut, auf welches dieses Recht sich bezieht, als verkauft oder vertauscht bezeichnen. Von jeher war es anerkannt, daß die Regel für alle Cessionen von Klagen und streitigen Sachen aufgestellt ist; und daraus, daß der Text des Code das Wort Sachen dem Worte Rechte beifügt, erhellt, daß es sich um die Cession aller Klagen, aller Prozesse handelt. Der einzige Fall, auf welchen sich die Regel nicht ausdehnt, ist der, wo das streitige Recht durch Schenkung erworben worden ist Die Gerichte haben hier nur darauf zu sehen, ob die angebliche Schenkung nicht einen Verkauf verschleiert und ob das, was der Akt als einfache Auflagen bei einer Freigebigkeit bezeichnet, nicht die Zahlung für einen Verkauf um Spottpreis ist, wie dies in der vorliegenden Lehre häufig vorkommt.

Der Vorkauf kann so lange geübt werden, als der Prozeß dauert, aber nicht mehr, wenn er beendigt ist, weil das Recht damit aufgehört hat, ein streitiges zu sein. So lautet die Regel; da aber jede Regel der Gefährde weicht, so gibt man mit Recht zu, daß der Vorkauf sogar vor gegebener Entscheidung verweigert werden muß, wenn der Schuldner, nachdem er bis zum Ende prozessirt hat, ihn nur verlangt, um einer ihm jetzt sicher gewor-

denen Verurtheilung zu entgehen; und daß er auf der anderen Seite, wenn auch der Prozeß beendigt ist, dann zugelassen werden muß, wenn der Cessionar die Cession verheimlichte, indem er als einfacher Mandatar des Cedenten auftrat (Art. 1699, II; Zach. l. c.).

81. — Die Befugniß, das streitige Recht an sich zu kaufen, erleidet in drei Fällen eine Ausnahme: — 1. wenn der Cedent und der Cessionar zwei Miteigenthümer des cedirten Rechtes sind; zwar spricht der Gesetzestext von der Eigenschaft eines Miteigenthümers nur bezüglich des Cessionars, und darauf hin hat ein Autor die Nothwendigkeit dieser Eigenschaft bei dem Cedenten in Zweifel gezogen; aber abgesehen davon, daß sie im Geiste des Gesetzes und der Tradition liegt, ergibt sie sich auch noch aus dem Texte selbst, weil ein mehreren gemeinschaftliches Recht nur von Einem der Theilhaber cedirt werden kann, so daß man, wenn man diese Eigenschaft bei dem Cessionar verlangt, deren Existenz bei beiden Betheiligten begehrt; — 2. wenn die Cession durch den Schuldner an den Gläubiger zur Zahlung dessen geschieht, was er demselben schuldet; — 3. endlich, wenn sie an den Besitzer eines Grundstückes geschieht, welches dem cedirten Rechte untersteht.

Es gibt noch einen anderen Fall, der, ohne eine Ausnahme von der Regel zu sein, dennoch die Anwendung derselben nicht erleidet. Wir meinen den, wo ein streitiges Recht als blose Zubehörde des Gegenstandes eines Verkaufs cedirt wird; z. B. ein streitiges Recht, das einen Theil einer Erbschaft bildet, welche ich Dir verkaufe. Der Geist der vorliegenden Verfügung zwingt uns zu sagen, daß die Zubehörde in der Hauptsache aufgeht, und daß hier nur der Verkauf einer Erbschaft und nicht der Verkauf eines streitigen Rechts vorliegt. Da dieser Fall keinen Verkauf streitiger Rechte enthält, so ist er auch nicht in der Regel inbegriffen und braucht darum auch nicht davon ausgenommen zu werden.

Siebenter Titel.

Von dem Tausche.

1. — Der Tausch (der nicht mehr wie zu Rom ein Realkontrakt ist, weil er durch die blose Uebereinstimmung der Betheiligten zu Stande kommt, ohne daß es dazu einer Uebergabe

bedürfte), ist ein Vertrag, durch welchen sich zwei Parteien eine Sache gegen eine andere zu Eigenthum übertragen.

Die Uebereinkunft, durch welche die Betheiligten statt der unmittelbaren Eigenthumsübertragung, nur die Verpflichtung, dasselbe zu übertragen, auf sich nehmen, ist kein Tausch, sondern nur eine Tauschzusage (Art. 1702, I).

2. — Wir wissen schon, daß, wenn eine Sache, statt gegen eine andere Sache im Stück und als solche veräußert zu werden, um eine Summe Geldes oder um eine andere Sache, die man dem Gelde gleichstellt, veräußert wird, der Vertrag kein Tausch, sondern ein Verkauf ist. Wie muß aber dann entschieden werden, wenn sie zugleich für eine Sache im Stück und für Geld veräußert wird? Ist das ein Verkauf; ist es ein Tausch; ist es eine Mischung von Tausch und Verkauf? Ziemlich allgemein wird behauptet, es liege ein Verkauf oder ein Tausch vor, je nachdem die Summe bedeutender als die Sache ist, mit der sie in Verbindung steht, oder umgekehrt; wir sind aber der Ansicht, daß das eine Frage der Absicht ist; es liegt ein Verkauf, ein Tausch oder eine Mischung von Tausch und Verkauf vor, je nach dem, was die Betheiligten zu thun beabsichtigten, und folglich ist die relative Beträchtlichkeit der Summe und der Sache, die damit verbunden ist, nur einer der Umstände, die man zu Rath ziehen muß, um die Absicht der Vertragspersonen zu entdecken. — Es ist ferner einleuchtend, daß, wenn die Betheiligten hintereinander eine Sache um eine Summe Geldes veräußern, dann übereinkommen, eine andere Sache als Zahlung für diese Summe hinzugeben, das kein Tausch, sondern ein Verkauf ist, auf welchen ein Vertrag einer datio in solutum folgt (Art. 1702, II; Zach. §. 360).

3. — Wenn heut zu Tage der Tausch gleich dem Verkaufe ein Consensualvertrag ist und somit weder eine Uebergabe noch irgend eine Urkunde zu seinem Zustandekommen bedarf, so ist es doch klar, daß der Tausch gleich dem Verkaufe und jedem anderen Vertrage zu seinem Beweise im Falle des Streits und bei einem Betrage von über 150 Frs. eine Urkunde bedarf, und daß der reine Zeugenbeweis oder einfache Vermuthungen nicht zulässig sind (Art. 1702, III).

4. — Da der Tausch das Eigenthum übertragen soll, so kann die Vertragsperson, welcher evincirt wird oder welche, abgesehen von jeder Eviktion, beweist, daß der Andere nicht Eigenthümer der übergebenen oder zugesagten Sache war, den Vertrag für nicht

abgeschlossen erklären lassen, einerlei, ob bereits beide Sachen oder nur eine, oder gar keine geliefert war.

Und weil der Vertrag für nicht abgeschlossen gilt, und der Kläger Eigenthümer seiner Sache geblieben ist, so kann er, wenn die Uebergabe bereits stattgefunden hatte, vindiciren, und zwar nicht nur gegen den anderen Theil, sondern auch gegen spätere Erwerber (sofern es sich nicht um Fahrnisse handelt, die in gutem Glauben in Empfang genommen wurden. Das Letztere wollte mit Unrecht von einigen Autoren in Abrede gestellt werden: die Natur des Tauschvertrags und ferner der allgemeine Grundsatz, welcher in unserem Rechte die Auflösung eines jeden zweiseitigen Vertrags wegen Nichtvollzugs Seitens des einen Theils gestattet, läßt hierin keinen Zweifel zu (Art. 1704, II u. III; Zach. l. c.).

5. — Der Tausch, der in seiner Vervollkommnung ein Verkauf ist, läßt im Allgemeinen die verschiedenen für diesen gegebenen Regeln Anwendung finden; einige Unterschiede gibt es jedoch, die durch die Natur der Dinge geboten sind.

— 1. Da die Rescission wegen Verkürzung im Code zu Gunsten des Verkäufers von Liegenschaften nur in der Unterstellung von Noth und eines Geldbedürfnisses, die nicht der Beweggrund beim Tausch sein können, gegeben wird, so kann der letztere Vertrag aus diesem Grunde nicht angefochten werden.

— 2. Da beim Tausche beide Theile die nämliche Rolle haben, so kann die Regel, welche vorschreibt, daß dunkle Gedinge beim Verkauf gegen den Verkäufer ausgelegt werden müssen, hier nur sagen, daß sie gegen den Theil auszulegen sind, der die Sache abtritt, auf welche sich das Geding bezieht.

— 3. Aus dem gleichen Grunde werden die Vertragskosten welche beim Kaufe der Käufer ausschließlich auf sich hat, hier von beiden Theilen gleichmäßig getragen.

— 4. Da der Hauptbeweggrund beim Tausch die Bequemlichkeit ist und keine so strenge Gleichheit der Werthe dabei vorausgesetzt wird wie beim Verkaufe, so kann die Regel, welche einen Spielraum von einem Zwanzigstel Differenz zwischen dem angegebenen und dem wirklichen Flächeninhalt gibt (außer dem Fall eines Verkaufs zu so viel das Maas) und vorschreibt, daß von diesem Zwanzigstel an stets eine Entschädigung geleistet werden muß, hier keine unbedingte Anwendung finden: es liegt hier beim Tausche nur eine Frage der Absicht vor und die Richter der Thatsachen haben nach den Umständen zu entscheiden, ob bei dieser

Differenz von einem Zwanzigstel oder mehr nach der Absicht der Betheiligten eine Ausgleichung stattfinden solle (Art. 1706, 1707, 1593, 1602, 1617, 1619; Zach. l. c.).

Achter Titel.

Von dem Mieth- und Pachtvertrage.

1. — Unter diesem Namen umfaßt der Code zwei Gattungen von verschiedenen Verträgen, von denen der eine wirklich ein reiner Miethvertrag ist, während der andere eine Mischung aus Mieth- und Gesellschaftsvertrag bietet. Wir haben es mit beiden in zwei Theilen speciell zu thun, von denen der erste der eigentlichen, der andere der uneigentlichen Miethe gewidmet ist (Art. 1708—1711; Zach. §. 361 ff.).

Erster Theil.

Von der eigentlichen Miethe.

2. — Die reine oder eigentliche Miethe ist ein Vertrag, durch welchen sich ein Theil, den man den Vermiether nennt, verpflichtet, dem anderen den Genuß einer Sache, seiner Arbeit oder seines Gewerbfleißes zu verschaffen, wogegen sich dieser Andere, den man den Miether nennt, verpflichtet, ihm den Preis dieses Genusses zu zahlen.

Man unterscheidet die Miethe von Sache und die Miethe von Arbeit und Gewerbfleiß; sie haben aber das mit einander gemein, daß in beiden der Vermiether den Genuß verschafft und der Miether ihn bezahlt. Dieser Satz, soweit er die Miethe von Arbeit betrifft, wurde zu allen Zeiten außerordentlich falsch aufgefaßt: Ulpian, Gajus, Cujas, Domat und Pothier, und die berühmtesten Rechtsgelehrten unserer Tage lehren noch, jeder der beiden Vertragspersonen sei hier Vermiether und Miether zugleich, oder derjenige sei der Vermiether, welcher zuerst dem Anderen den Vertrag vorschlägt, oder endlich der Vermiether sei immer der, welcher den Preis bezahlt und der Miether der, welcher ihn empfängt! Diese Begriffe sind nun offenbar falsch und dem, der ohne Vorurtheil

darüber nachdenkt, ist es nicht allein gewiß, sondern sogar unumstößlich, daß eine Sache in Miethe geben nichts anderes sagen will, als den Genuß daran auf eine gewisse Zeit gegen ein gewisses Miethgeld verschaffen; folglich ist der Architekt, der mein Haus baut oder es reparirt, der Auszieher, der mein Mobiliar transportirt, der Schäfer, der meine Heerde hütet, alle diese sind meine Vermiether und ich ihr Miether, weil sie mir den Genuß ihrer Arbeit und ihrer Gewerbthätigkeit verschaffen, wie ich meinem Pächter den Genuß meines Landguts verschaffe. Man hat hier mittelst einer Wortklauberei, die ernster Männer unwürdig ist, die unbegreifliche Ansicht ausgesprochen, der Architekt, der Auszieher und der Schäfer seien die Miether und ich der Vermiether, weil ich ihnen gebe und sie in diesem Falle das Haus zu repariren, das Mobiliar zu transportiren, die Schafe zu hüten erhalten! Obgleich diese Ansicht seit einer Reihe von Jahrhunderten von den berühmtesten Männern aufgestellt und gutgeheißen wurde und es heut zu Tage noch wird, so bleibt sie dennoch eine lächerliche und ist drei Mal für ein Mal falsch! Sie ist es drei Mal; denn auf der einen Seite wird mein Haus, mein Mobiliar, meine Heerde nicht in Miethe gegeben, ich gebe den Genuß an denselben nicht weg. Ferner kann man darin nur eine Miethe von Sachen finden, während man eine Miethe von Arbeit darin finden will! Endlich, wo ist denn der Preis dieser angeblichen Miethe? So viel ich weiß, zahlt mir der Architekt, der Commissionär, der Schäfer Nichts für mein Haus, mein Mobiliar, meine Heerde, die ich ihnen gebe; umgekehrt, ich muß sie bezahlen. Es ist das in der That eine sonderbare Miethe, wo der Vermiether Sache und Preis liefert und der Miether Sache und Preis erhält! .... Sagt uns denn nicht schon die gesunde Vernunft, daß hier nur ein Gegenstand in Miethe gegeben ist, ein einziger Gegenstand, dessen Genuß von einem Theil gegeben und vom anderen bezahlt wird, nämlich die Arbeit und der Gewerbsfleiß desjenigen, den man beschäftigt, und daß folglich der, welcher diese Arbeit liefert, der Vermiether ist?

Nicht willkürlich, sondern nach den Regeln der gesundesten Logik hat der Code diese Bestimmung des Tribunals aufgenommen: „Mühewaltungen, Dienste, Arbeit und Gewerbfleiß bilden den Gegenstand des Miethvertrags.“ Das ist es, was hier vermiethet und bezahlt wird. Der Wächter, der Diener, der Handwerker,

der Arbeiter, der Unternehmer ist der Vermiether, und der, welcher sie bezahlt, ist der Miether (Art. 1711, III; Zach. §. 361 ff.).

3. — Jede Art von Miethe kann mündlich oder schriftlich abgeschlossen werden. Wir werden später sehen, daß bei gewissen Miethen zum Beweise des Vertrags eine Urkunde noch mehr erforderlich ist als bei anderen Verträgen; diese Regel bezieht sich aber nur auf den Beweis und den Fall des Bestrittenwerdens, nimmermehr aber auf die Frage der Rechtsgültigkeit des Vertrags, welcher stets, wenn er auch nur mündlich abgeschlossen wurde, von dem Augenblicke an wirksam ist, wo seine Existenz anerkannt ist (Art. 1714).

Nach Vorausschickung dieser für beide Klassen von Miethen gemeinschaftlichen Regeln wollen wir uns nach einander mit der Miethe von Sachen und mit der Miethe von Arbeiten beschäftigen.

Erstes Kapitel.

Von der Miethe von Sachen.

4. — Obgleich weit verschieden von dem Verkaufe, weil es sich weder darum, das Eigenthum an der Sache zu übertragen, noch auch den immerwährenden Besitz derselben zuzusichern, sondern nur darum handelt, ihren zeitweisen Genuß zu verschaffen, so hat die Miethe von Sachen doch Analogie mit dem Kaufe, und zwar in solchem Grade, daß es zuweilen schwer fallen kann, die beiden Verträge zu unterscheiden. Wenn ich Dir z. B. gegen einen Preis das Recht übertrage, während einiger Jahre die Erndte von einem bestimmten Grundstücke einzuheimsen, kann die Frage in Verlegenheit setzen, ob hier eine Verpachtung dieses Grundstücks oder ein Verkauf der Früchte vorliegt. . . . Es ist dies jedoch nur eine Frage der Intention, die nach den Umständen zu entscheiden ist; das muß aber noch angeführt werden, daß der bezeichnendste Umstand in der Periodicität oder Nichtperiodicität des Preises liegt, weil es die Natur des Miethzinses mit sich bringt, periodisch zu verfallen, wie die natürlichen Früchte, welche sie repräsentiren (Art. 1713, I; Zach. l. c.).

5. — Die Miethe hat, wie der Verkauf, folgende drei unerläßliche Elemente: res, pretium und consensus.

Res. — Im Allgemeinen kann man alle Sachen vermiethen, die im Verkehr sind; hiervon machen jedoch gewisse Sachen eine Ausnahme, deren Natur der Miethe widerstreitet. So kann man

eine Realservitut nur mit dem Grundstücke vermiethen, auf welchem sie haftet, weil sie von diesem getrennt nicht bestehen kann. Eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes verbietet ferner, Nutzungs- und Wohnungsrechte zu vermiethen. Nur als Zubehörden einer andern Sache (sofern die Miethe nicht ad meram ostentationem geschlossen wird) können Dinge zum Verbrauche vermiethet werden, weil die vermiethete Sache Eigenthum des Vermiethers bleiben und ihm nach einer gewissen Zeit zurückfallen muß, während hier der angebliche Miether den Genuß der Sache nur haben kann, indem er sie vernichtet. Mit der Nutznießung verhält es sich zwar anders, indem das Gesetz, kraft einer speciellen Fiktion, deren Bestellung auch auf verbrauchbare Sachen gestattet hat; dagegen glaubte das Gesetz nicht eine ähnliche Fiktion auch für die Miethe schaffen zu müssen, wo sie in der That unnütz wäre, weil sie nur für den Fall eines Testaments nothwendig war, und die Miethe ein Vertrag ist, der nicht durch Testament abgeschlossen werden kann. — Bergwerke kann man wie jede andere Art von Gütern vermiethen; zu einem Antheile können sie aber nur mit Regierungserlaubniß verpachtet werden. Zwar verbietet das Gesetz seinem Wortlaute nach nur die Theilung der Bergwerke; es ist aber einleuchtend, daß das Gesetz dadurch die Theilung des Betriebs der Bergwerke noch mehr als die des Eigenthums an denselben hat abschaffen wollen; und mit Recht wurde die entgegengesetzte Ansicht eines bedeutenden Rechtslehrers und eines Urtheils der Requetenkammer von anderen Autoren und von der Civilabtheilung des höchsten Gerichtshofs verworfen.

Pretium. — Der Preis kann nicht allein in Geld, sondern auch in Lebensmitteln bestehen, welche hier nach der Absicht der Betheiligten dem Gelde gleich stehen sollen. Wir haben im vorigen Titel gesehen, daß dies sogar beim Verkaufe der Fall ist; mit noch mehr Recht ist dies bei der Miethe zulässig; und es ist in Frankreich wirklich auch eine sehr gewöhnliche Sache, daß Miethen mit dieser Zahlungsart abgeschlossen werden. Der Preis kann hier, wie beim Verkaufe, in das Ermessen eines Dritten gestellt werden, und wie bei ihm ist es auch bei der Miethe ein Hinderniß des Zustandekommens, wenn er nicht ernstlich gemeint war; aber eine Aufhebung wegen Verkürzung kann hier nie eintreten: so gering auch der Miethzins sein mag, dennoch bleibt die Miethe unanfechtbar, wenn er nur ernstlich gemeint ist.

Consensus. — Die Einwilligung bietet hier nichts Besonderes: sie bildet, wie überall, das Wesen des Vertrags, und muß, wie überall, von einer rechtsfähigen Person ausgehen. Gehört aber zu den Personen, die fähig sind, ein Gut in Miethe zu geben, auch der Scheineigenthümer dieses Guts? Die bejahende Antwort kann keinem Zweifel unterliegen, weil die Vermiethung nur ein Akt der Verwaltung ist und sogar das frühere Recht schon die Gültigkeit einer so verwilligten Miethe anerkannte, obgleich es der Aufrechterhaltung der Miethverträge weniger günstig war als der Code (Art. 1713, II—IV; Zach. §. 363).

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen haben wir getrennt zu behandeln:

I. Abschnitt.

Von den Regeln, die allen Miethverträgen, über beliebige Sachen und über Häuser, wie über Landgüter, gemein sind.

6. — Von dem Beweis der Miethe. — Bei Miethverträgen über Fahrnisse wird der Beweis im Widerspruchsfalle nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen geliefert, d. h. der Zeugenbeweis ist bis zu 150 Frs. absolut und mit dem Anfang eines schriftlichen Beweises auch über diese Summe hinaus zulässig. Diese Gränze von 150 Frs. wird bei der Miethe nicht nach dem Miethzins von einem Jahre, sondern nach der Gesammtsumme der Miethzinse von der ganzen Dauer der behaupteten Miethe berechnet. Wo es sich jedoch um Liegenschaften handelt, da verbietet das Gesetz den Zeugenbeweis streng, es mag sich um den Beweis einer angeblichen Miethe, deren Bestand nicht zugegeben wird, oder um den des Preises oder der Dauer der zugestandenen Miethe handeln, und zwar unter wie über 150 Frs. und einerlei, ob der Anfang eines schriftlichen Beweises vorliegt oder nicht.

Zwei Schriftsteller versagen dem Verbot des Zeugenbeweises den von uns angedeuteten Umfang. Sie lehren, der Zeugenbeweis sei zulässig sogar über 150 Frs.: der eine, entsprechend dem gemeinen Rechte, er sei zulässig bis zu diesem Betrage oder auch darüber, wenn ein Anfang eines schriftlichen Beweises vorliege, der Andere, er sei zulässig, wenn ein Theil nicht blos die Existenz, sondern auch den Vollzug der vom Anderen widersprochenen Miethe beweisen wolle. Das ist jedoch ein offenbarer Irrthum. Denn wenn das Gesetz, selbst im Falle einer unbestrittenen Miethe, den Zeugenbeweis ausdrücklich da verbietet, wo man nur über den Miethzins

streitet, so will es ihn gewiß auch dann nicht zulassen, wenn der Streit sich um die Existenz dieser Miethe selbst dreht. Auf der anderen Seite geht sowohl aus dem Zusammenhang des Textes und aus den Erklärungen in den Vorarbeiten deutlich hervor, daß der Code, wenn er von einer Miethe, die in Vollzug gesetzt worden ist, spricht, einen unbestrittenen, als solchen anerkannten Vollzug, und keineswegs eine blose Behauptung des Vollzugs meint Liegt es denn endlich nicht auf der Hand, daß mit dem Beweise des behaupteten Vollzugs einer geläugneten Miethe der Beweis der Miethe selbst durch Zeugen geliefert wird? Mit großem Rechte hat demnach der höchste Gerichtshof diese Ansicht verworfen.

Wo es an Urkunden fehlt, da sind die einzigen Beweismittel in den obigen Fällen: — 1. wo die Existenz der Miethe in Frage steht, die Zuschiebung des Eids an den Gegner und auch dessen Vernehmung über Thatsachen und Artikel, denn diese Einvernahme ist vom Gesetze für jeden Fall gegeben (Art. 324 ff. C. de pr.); — 2. bezüglich des Preises einer zugestandenen Miethe beruft man sich auf die Quittungen, und in deren Ermangelung greift man auf den Eid des Eigenthümers, sofern der Miether es nicht vorzieht, es auf eine Expertise ankommen zu lassen, wobei er jedoch die Verpflichtung auf sich hat, die Kosten schon dann zu zahlen, wenn der von den Sachverständigen bestimmte Preis den von ihm angegebenen übersteigt (so daß es in diesem Falle in seinem Interesse liegt, gar keine Zahl anzugeben). Handelt es sich nur um die Dauer, so ist diese, wie wir später sehen werden, vom Gesetze selbst bestimmt. — Bezüglich aller anderen Erfordernisse der Miethe, die nicht im Code bestimmt sind, wird der Beweis nach dem gemeinen Rechte geliefert (Art. 1715, 1716, I—III; Zach. §. 364).

7. — Von den Aftermiethen und den Cessionen der Miethe. — Gemeinrechtlich kann jeder Miether die Sache, die ihm vermiethet ist, ganz oder zum Theile weiter vermiethen, und er kann sogar, ebenfalls ganz oder zum Theile, sein Recht aus der Miethe cediren. Durch die Cession tritt der Dritte an die Stelle des cedirenden Miethers, er erwirbt die Rechte desselben weder mehr noch weniger, so daß der Cessionar da, wo besondere Gedinge der Miethe die gewöhnlichen Rechte des Miethers erweitern oder einschränken, die Erweiterung oder Einschränkung auch für sich gelten lassen muß. Bei der Aftermiethe dagegen wird der Dritte nicht Miether des Eigenthümers, sondern Miether des

Miethers; seine Rechte sind, wo nicht das Gegentheil bedungen ist, die eines jeden Miethers, so daß er seinem Vermiether gegenüber nicht gehalten ist, die Beschränkungen des gemeinen Rechts sich gefallen zu lassen, welche dieser angenommen hat, wie er auch die Erweiterungen nicht ansprechen kann, welche derselbe sich vom Eigenthümer stipulirt haben mag. Dies findet jedoch nur zwischen dem Miether und seinem Aftermiether, nicht aber auch dem ersten Vermiether gegenüber Anwendung, denn die Rechte dieses können durch keine Uebereinkunft geschmälert werden, die für ihn res inter alios acta ist (Art. 1717, I; Zach. §. 368).

8. — Schon darum, weil er den Platz einnimmt, der dem Vermiether gehört, haftet der Aftermiether demselben, wenn er nicht bezahlt worden ist, persönlich, jedoch nur für das, was er dem Miether selbst schuldet. Da der Aftermiether hiernach den Vermiether als Gläubiger in zweiter Reihe hat, so darf er den Miether nie eher zahlen, als bis der Zeitpunkt dazu gekommen ist, und jede Vorauszahlung gilt dem Vermiether gegenüber für nicht geschehen, wenn dieser vom Miether keine Zahlung erhält. Die Vorauszahlungen jedoch, welche kraft eines Gedings in der Aftermiethe oder in Anwendung des Ortsgebrauchs geleistet werden, gelten nicht für solche. Der Cessionar der Miethe ist ebenfalls für das, was er dem Cedenten schuldet, direkter Schuldner des Vermiethers, der vom Cedenten keine Zahlung erhält.

Die wegen nicht erfolgter Zahlung erfolgte Auflösung des Rechts des Miethers zieht auch die Auflösung des Rechts des Aftermiethers oder des Cessionars nach sich. Hiergegen kann man sich auch nicht darauf berufen, daß die von einem Eigenthümer abgeschlossenen Miethverträge trotz der Auflösung des Eigenthumsrechts bestehen bleiben; denn derjenige, welcher von einem Eigenthümer gemiethet hat, durfte auf die Miethe für ihre ganze Dauer zählen, während der, welcher nur mit einem Miether unterhandelt hat, wohl wissen mußte, daß sein Mitcontrahent nur unter der Voraussetzung in der Lage war, ihm den Genuß zu verschaffen, daß er seine Verpflichtungen dem Vermiether gegenüber erfüllt, und er kann somit die Aufhebung nur dadurch abwenden, daß er selbst diese Verpflichtungen anstatt des Miethers erfüllt (Art. 1753, I u. II; Zach. l. c.).

9. — Die Befugniß, weiter zu vermiethen oder die Miethe zu cediren, kann dem Miether durch ein Geding des Miethvertrags entzogen werden, und wenn man als allgemeine Regel gelten lassen

muß, daß das Verbot, weiter zu vermiethen, das zu cediren in sich schließt, so muß man auch sagen, daß dieses jenes in sich schließt; denn wenn auch die Aftermiethe und die Cession sehr verschieden von einander sind, so ist das doch nur zwischen dem Miether und dem Dritten der Fall, nicht aber auch bezüglich des Vermiethers, der durch den ersten Akt so gut wie durch den zweiten seinen Willen mißachtet (d. h. seine Sache in die Hände eines Dritten übergehen) sieht, und für den folglich das Verbot des einen Akts das des anderen in sich schließen muß. Während das unbedingte, mithin absolute Verbot, weiter zu vermiethen oder zu cediren (ebenso wie das, auch nur zu einem Theile dies zu thun) jede Aftermiethe oder Cession, eine partielle oder eine totale hindert, weil jede absolute Verfügung einen absoluten Erfolg haben muß, läßt das Verbot, welches nur untersagt, im Ganzen zu cediren oder weiter zu vermiethen, eine partielle Cession oder Aftermiethe offenbar noch zu. Eben so einleuchtend ist, daß das absoluteste Verbot, zu cediren oder weiter zu vermiethen, den Miether nicht hindern kann, sein Haus einem Freunde zu leihen; denn dieses Leihen ist ein ganz anderes Ding als eine Aftermiethe oder eine Cession, es ist im Allgemeinen seltener, von viel kürzerer Dauer und auch weniger gefährlich, weil der unentgeltliche Gebrauch einer Sache zu mehr Schonung verpflichtet, als der bezahlte Gebrauch: das Verbot kann, als dem gemeinen Rechte derogirend, von dem anderen Falle nicht auch auf diesen ausgedehnt werden, und es ist Sache des Vermiethers, wenn er auch dieses verhüten will, es im Miethvertrage zu erklären.

Das Uebertreten des im Miethvertrage niedergelegten Verbots kann, wenn es von Bedeutung ist, die Auflösung herbeiführen; und es ist Sache des Richters, die Umstände zu erwägen, ob die Aufhebung auszusprechen ist oder nicht. Von selbst versteht es sich, daß das Verbot durch eine entgegengesetzte Uebereinkunft aufhört, einerlei ob diese Uebereinkunft eine ausdrückliche oder eine stillschweigende ist, und daß diese Uebereinkunft nach dem gemeinen Rechte bewiesen wird, sofern nicht ein bestimmtes Geding des Miethvertrags ausdrücklich eine schriftliche Einwilligung verlangt. In diesem Falle ist eine Urkunde sogar unter 150 Frs. erforderlich (Art. 1717, II u. III; 1184, 1741, 1766; Zach. l. c.).

10. — Von den Verbindlichkeiten des Vermiethers. Die Miethe legt dem Vermiether drei Verbindlichkeiten auf: — 1. muß er die Sache übergeben; — 2. sie während der Miethe-

zeit unterhalten; — 3. dem Miether deren Genuß während der gleichen Zeit verschaffen.

Zunächst muß der Vermiether die Sache überliefern; er muß sie mit ihren Zubehörden und das Ganze in gutem Stande überliefern. Während der erste dieser drei Punkte ein essentiale des Vertrags ist (weil ohne Uebergabe der vermietheten Sache keine Miethe möglich ist), sind die beiden anderen nur naturalia desselben; denn ein specieller Vertrag kann ganz füglich dem Vermiether die Zubehörden vorbehalten und den Miether verpflichten, die Sache in dem schlechten Zustande, in dem sie sich befindet, zu nehmen.

Muß man bei Landgütern das darauf befindliche Wild unter die Zubehörden oder Anhängsel der Sache rechnen und somit da, wo nicht das Gegentheil bedungen ist, dem Pächter das Jagdrecht auf diesen Gütern zusprechen? Sicherlich nein; abgesehen von zwei Ausnahmsfällen, die wir später angeben werden, müssen wir die allgemeine Ansicht theilen, wornach das Jagdrecht ausschließlich dem Eigenthümer zusteht: Vernunft und positives Recht gebieten das. Die Vernunft gebietet es, indem das Erlegen des Wildes weder ein Einernten von Früchten des Bodens, noch ein nothwendiger Bestandtheil der Ausbeutung dieses Bodens, sondern ein einfaches Vergnügen ist, das, wie jede andere Vergnügungssache, natürlich einen Theil desjenigen ausmacht, was sich der Eigenthümer vorbehält. Das positive Recht gebietet es, denn, indem das Gesetz das Recht des Tödtens des schädlichen Wilds (das sehr verschieden von dem Jagdrechte ist, weil dieses nur zu einer bestimmten Zeit des Jahres und das andere zu jeder Zeit ausgeübt werden darf und weil auf der anderen Seite das eine, es mag viel oder wenig Wild haben, sogar dann ausgeübt wird, wenn keine Ernte da ist, während das andere nur unter der doppelten Voraussetzung zuläßig ist, daß nämlich eine Ernte zu schützen ist und eine beträchtliche Menge Wild da ist, welches die Ernte bedroht), indem also das Gesetz das Recht des Tödtens den Eigenthümern, den Besitzern (Nutznießern) **und sogar** den Pächtern verleiht, verleiht es das Jagdrecht in den verschiedenen einschlagenden Bestimmungen immer nur den Eigenthümern oder Besitzern. Der Regel nach gehört also dem Eigenthümer und nur diesem das Jagdrecht; diese Regel muß jedoch wegfallen: — 1. wenn die Miethe Landstücke betrifft, von denen das Wild gerade ein Haupttheil des Einkommens ist; — 2. im Fall einer

Miethe, die gerade die Annehmlichkeit des Grundstücks zum Gegenstande hat. — Mit der Fischerei verhält es sich offenbar gerade wie mit der Jagd; sie ist auch ein Recht, das der Regel nach aus den angeführten Gründen dem Eigenthümer verbleibt; aber diese Regel erleidet ebenfalls in den angegebenen zwei Fällen eine Ausnahme (Art. 1719, I; Zach. § 366).

11. — Ferner muß der Vermiether während der ganzen Miethezeit die Sache in dem Stande erhalten, in welchem sie zu dem bestimmten Gebrauche dienen kann. Während er aber beim Eintritt in den Genuß die Sache in gutem Stande der Reparaturen aller Art überliefern muß, ist er während der Dauer der Miethe nur zu den Reparaturen verpflichtet, die nicht s. g. Miethreparaturen sind, indem diese dem Miether zur Last bleiben. Man versteht unter Miethreparaturen nicht alle diejenigen, welche überhaupt zur Erhaltung nothwendig sind, sondern nur die kleineren Reparaturen, vorausgesetzt, daß ihre Nothwendigkeit durch übertriebenes oder zu sorgloses Nutzen durch den Miether eintritt oder als eingetreten angenommen wird. Das Gesetz weist hier mit Recht, anstatt ein Verzeichniß zu geben, das nothwendiger Weise unvollständig hätte ausfallen müssen, auf den Ortsgebrauch hin, und stellt nur einige Beispiele auf (Art. 1719, 1720 II, 1754; Zach. §. 366).

Der Vermiether ist ferner gehalten, dem Miether während der ganzen Dauer der Miethzeit den ruhigen Genuß der Sache zu gewähren. Er muß ihm den Genuß verschaffen, d. h. er muß alle die Handlungen und Akte vornehmen, die nothwendig sind, um ihm ununterbrochen einen ruhigen und vollständigen Genuß zu gewähren, und aus noch triftigeren Gründen muß er sich alles dessen enthalten, was diesen Genuß irgend wie unmöglich machen, mindern oder hindern könnte (Art. 1719, III, 1724; Zach. l. c.).

12. — Aus dem obigen Prinzipe folgt, daß der Vermiether dem Miether für alle die Fehler oder Mängel einzustehen hat, welche den Gebrauch hindern, zu welchem die Sache bestimmt ist, mögen sie solche beim Vertragsabschlusse gekannt haben oder nicht, und einerlei, ob solche beim Vertragsabschlusse schon vorhanden waren oder erst später eingetreten sind. In allen Fällen kann der Miether, wenn diese Fehler und Mängel bedeutend genug sind, sich jeder Zahlung des Miethzinses entschlagen und die Aufhebung des Vertrags aussprechen lassen. Der Vermiether muß dem Miether

sogar Entschädigung zahlen, wenn dieser einen Schaden erlitten hat und er die Fehler kannte oder sonst im Verschulden ist. Es ist erforderlich, daß dem Vermiether ein Verschulden vorgeworfen werden kann. Zwar spricht sich der Code darüber nicht aus und hat auch ein Erkenntniß der Requetenkammer das Gegentheil ausgesprochen, aber diese Entscheidung ist unhaltbar. Dem römischen und unserem früheren Rechte widerstreitend ist sie auch durch die Rechtsgrundsätze des Code verworfen, weil die entgegengesetzte Ansicht die einzige ist, die sowohl aus dem gemeinen Rechte als aus der Analogie der Miethe mit dem Verkaufe abgeleitet werden kann (Art. 1721; Zach. l. c.).

13. — Da der Vermiether nicht nur gehalten ist, dem Miether den Genuß zu lassen, sondern vielmehr ihm solchen zu verschaffen, so haftet er ihm gegenüber für Zufälle, welche den Genuß aufheben oder schmälern. Wenn also die Sache ganz zu Grunde geht, dann ist die Miethe sofort aufgelöst und der Vermiether kann den Miether ebensowenig zwingen, die Miethe nach Wiederherstellung der Sachen fortzusetzen, als dieser ihn zwingen könnte, diese Wiederherstellung vorzunehmen. Ist die Zerstörung nur eine theilweise, dann hat der Miether die Wahl, zurückzutreten, oder die Miethe mit entsprechender Herabsetzung des Miethzinses fortzusetzen. In diesem Fall einer theilweisen Zerstörung kann der Miether, dem es nie gestattet ist, die Wiederherstellung des Zerstörten zu verlangen, die Reparatur desjenigen fordern, was blos beschädigt ist, sofern er sich für die Fortsetzung der Miethe entscheidet (Art. 1722, I, 1741; Zach. §. 369).

Wenn der Zufall die Sache, ohne sie materiell zu berühren, doch ganz oder theilweise außer Stande setzt, zu dem Zwecke zu dienen, zu welchem sie gemiethet worden ist, dann kann der Miether sofern er nicht den Zufall übernommen hat, je nach den Umständen entweder die Auflösung der Miethe beantragen oder eine Minderung oder momentane Einstellung der Zahlung des Miethzinses verlangen. Dies wäre z. B. der Fall bei der Aufhebung einer Landstraße, an welcher ein Wirthshaus gelegen ist, weil dann die Immobilie kein Wirthshaus mehr sein kann; anders verhält es sich aber mit der Miethe einer Zuckersiederei, wenn durch ein Gesetz nur die Abgaben von der Zuckersiederei erhöht würden, denn durch dieses Gesetz wird die vermiethete Liegenschaft als solche durchaus nicht berührt und bleibt immer eine Zuckersiederei, die das gleiche Erzeugniß wie vorher liefern kann (Art. 1722, II; Zach. l. c.).

Da im Falle einer theilweisen Zerstörung der Sache, z. B. im Falle, wo ein beträchtlicher Theil eines Feldes durch Wassergewalt weggerissen wird, der Miether die Wahl hat, von der Miethe abzugehen oder den Miethzins herabsetzen zu lassen, so muß man umgekehrt auch zugeben, daß, wenn die Sache durch Zufall vergrößert worden ist, der Miether sich eine Erhöhung des Miethzinses gefallen lassen muß, vorbehaltlich der Befugniß, vom Vertrage zurückzutreten (Art. 1722, III).

14. — Die Verbindlichkeit des Vermiethers, während der Miethzeit alle nöthigen Reparaturen machen zu lassen, Reparaturen, die häufig den Genuß des Miethers sehr hemmen oder gar unmöglich machen können, befindet sich in dieser Richtung in Opposition mit der weiteren Verbindlichkeit des Vermiethers, seinem Miether den ruhigen Genuß der Sache zu verschaffen. Das Gesetz vereinigt diese zwei Gegensätze wie folgt: sind die Arbeiten nicht dringend und können sie ohne Gefahr bis ans Ende der Miethe verschoben werden, dann kann der Miether sich deren Vornahme während seines Genusses verbitten. Werden die Arbeiten gemacht und tritt dadurch eine gänzliche Aufhebung des Genusses ein, dann kann der Miether, so kurz diese auch sein mag, die Miethe aufheben. Ist der Genußverlust nur ein theilweiser, dann kann von keiner Aufhebung mehr die Rede sein und die Erlassung eines Theils des Miethzinses kann sogar nur dann eintreten, wenn die Arbeiten über vierzig Tage andauern. Der Nachlaß wird nach der ganzen Dauer des Genußverlustes und nicht blos nach dem berechnet, was die vierzig Gnadentage überschreitet (Art. 1724; Zach. §. 366, Note 7).

Der Vermiether kann ohne Einwilligung des Miethers keine Aenderung an der Gestalt der Sache vornehmen (Art. 1723 Zach. §. 366).

15. — Einfache Thätlichkeiten, wodurch der Genuß des Miethers von Dritten gestört wird, geben diesem natürlich kein Recht gegen den Vermiether. Handelt es sich jedoch um Thätlichkeiten, die älter sind als der Eintritt in den Genuß und der Einsetzung des Miethers in den Besitz hindernd im Wege stehen, dann ist es Sache des Vermiethers, solche zu beseitigen, weil er sonst seine Verbindlichkeit, die Sache zu übergeben, nicht erfüllen würde; so bald sich aber der Miether im Besitz befindet, ist es seine Sache, sich in seinem Besitze, wie in jeder anderen Beziehung, gegen die Handlungen Dritter zu vertheidigen, ohne daß er aus diesem

Grunde auf den Vermiether zurückgreifen könnte. Nur dann verhält es sich anders, wenn die Thätlichkeiten den Character von Ereignissen höherer Gewalt annehmen, da der Vermiether bekanntlich haftbar ist für das Wegfallen des Genusses durch höhere Gewalt.

Wenn aber vor jeder Thätlichkeit oder ohne solche eine Störung eintritt, die das Recht betrifft, d. h. wenn von dem Dritten ein Recht an der Sache angesprochen wird, dann muß der Vermiether gegen diesen Dritten streiten und wenn eine gänzliche oder theilweise Beraubung des Genusses eintritt, dann fallen die Folgen auf ihn zurück. Wenn der Dritte im Wege gerichtlicher Klage gegen den Miether vorschreitet, dann kann dieser im Streite bleiben, indem er den Vermiether nur zur Gewährleistung auffordert, oder sich dadurch außer Streit setzen lassen, daß er dem Dritten den Vermiether, dessen einzigen Gegner, nennt. Hat der Dritte den Miether außer Besitz gesetzt, um sich angreifen zu lassen, dann hat der Miether keine Befugniß, er kann nur die Störung dem Vermiether anzeigen, damit sie dieser wo möglich beseitigt und damit er ihm in jedem Falle eine Entschädigung leiste, die in diesem Falle und zum Unterschiede von dem Falle höherer Gewalt, jeden Schaden, so gering er auch sein mag, umfassen muß, weil hier ein Verschulden des Vermiethers, oder des Dritten, auf den der Vermiether dann zurückgreift, vorliegt. Der Vermiether hat jedoch diese Entschädigung nur dann zu zahlen, wenn der Miether ihm die Störung angezeigt hat, sofern derselbe nicht nachweist, daß jener gar kein Vertheidigungsmittel gegen den Dritten hatte, oder daß er sich, trotz des Schweigens des Miethers, von diesem Dritten die schuldige Entschädigung hat zahlen lassen. — Eine Entschädigung braucht auch dann nicht bezahlt zu werden, wenn der Miether bei Abschluß des Vertrags die Gefahr einer Eviktion gekannt hat, sofern er sich nicht die Gewährleistung für diesen Fall ausdrücklich stipulirt hat; es tritt hier nur gänzlicher oder theilweiser Nachlaß des Miethzinses ein (je nachdem die Eviktion eine gänzliche oder eine theilweise ist), und das ist selbst dann der Fall, wenn bedungen wird, daß keine Gewähr geleistet werden solle, weil der Miethzins nur für den wirklichen Genuß bezahlt zu werden braucht (Artikel 1725—1727, 1629, 1768; Zach. §. 366, 309, Note 3).

16. — Von den Verbindlichkeiten des Miethers. — Die erste Verbindlichkeit des Miethers, eine Verbindlichkeit, die zwei verschiedene Hauptpunkte enthält, besteht auf der einen Seite

darin, daß er die Bestimmung der Sache respektiren muß und sie ohne Zustimmung des Vermiethers nicht ändern darf, und auf der andern Seite darin, daß er die Sache als guter Hausvater, als einsichtsvoller und sorgsamer Mensch genießt. Eine Aenderung in der Bestimmung oder ein zwar der Bestimmung entsprechendes aber übertriebenes und mißbräuchliches Benutzen zieht für den Miether, je nach der Wichtigkeit der Fälle, entweder eine Auflösung (mit Entschädigung im geeigneten Falle) oder die Pflicht zur Entschädigung nach sich. — Die zweite Verbindlichkeit des Miethers besteht in der pünktlichen Zahlung des Miethzinses zur vertragsmäßigen oder ortsüblichen Zeit, ebenfalls bei Strafe der Vertragsauflösung, wenn der Richter die Zahlungsverzögerung lang genug findet, um sie zu begründen. Die Thür- und Fenstersteuern muß der Miether, wo nichts Besonderes stipulirt ist, außer seinem Miethzinse zahlen und der Vermiether hat sie nur vorzuschießen; bei der Grundsteuer findet das Gegentheil statt (Art. 1728, 1729; Zach. §. 367).

Aus der Verbindlichkeit, die Sache ihrer Bestimmung gemäß und als guter Hausvater zu genießen, fließt für den Miether die weitere, diese Sache, abgesehen von Verschlimmerungen, die von höherer Gewalt oder vom Alter herrühren, in dem Stande zurückzugeben, in welchem er sie bei Beginn der Miethe erhalten hat. Wer hat aber den Beweis über den Stand der Sache zu dieser Zeit zu liefern? Das Gesetz unterscheidet hier. Da der Miether wissen mußte, daß alle kleineren Reparaturen, die im Laufe der Miethzeit nothwendig werden, ihm zur Last fallen, so liegt die Annahme ganz nahe, daß er die, die etwa nothwendig waren, entschieden verlangt hat, und es streitet deßhalb die Vermuthung dafür, daß er die Sache in gutem Stande erhalten hat, eine Vermuthung, die der Miether nur durch den Beweis des Gegentheils beseitigen kann (wobei stets Zeugen zulässig sind). Da aber bei den anderen Reparaturen dieser Grund nicht vorhanden ist, so fällt auch die Vermuthung weg und es ist Sache des Eigenthümers, den Empfang der Sache in gutem Stande zu beweisen. Wenn der Miether bei einer Verschlimmerung, die zugestandener Maßen während des Genusses eingetreten ist, sich auf höhere Gewalt beruft, dann hat er sie natürlich auch zu beweisen. — Bei Reparatur- wie Meliorationsarbeiten, die der Miether selbst gemacht hat, unterscheidet man: sind es nothwendige Reparaturen, dann hat er den Rückgriff auf den Vermiether; sind es aber Luxusarbeiten oder auch nur

nützliche Arbeiten, dann hat er keinen Rückgriff und kann nur die Sachen wegnehmen, welche sich ohne Beschädigung der vermietheten Sache wegnehmen lassen (Art. 1730—1732; Zach. §. 366 Note 5 und §. 367).

17. — Um die Miether bezüglich der Feuersbrünste vorsichtiger zu machen, entfernt sich der Code hier in zwei Punkten, bei welchen seine Strenge geeignet ist, eine größere Achtsamkeit hervorzurufen, vom gemeinen Rechte. Auf der einen Seite bleibt jeder Miether verantwortlich, so lange er nicht nachweist, und zwar nicht nur durch den blosen negativen Beweis, daß er bei der Ursache des Brandes nicht betheiligt sei, sondern durch die positive Behauptung, daß dieser Brand durch höhere Gewalt entstanden ist, oder daß er von einem Fehler in der Bauart herrührt, oder daß er von einem Nachbarhause mitgetheilt worden ist. Auf der anderen Seite, wenn mehrere Miether vorhanden sind, haften alle. und zwar nicht blos jeder für seinen Theil, wie es gemeinrechtlich der Fall war, sondern solidarisch, sofern nicht nachgewiesen wird, daß der Brand bei Einem von ihnen ausgebrochen ist, in welchem Fall dieser allein haftbar ist, oder daß er bei diesem und jenem nicht hat ausbrechen können, in welchem Fall diese frei sind. Da im zweiten Falle die Solidarität herrscht, so darf man auch nicht blos eine der gesetzlichen Wirkungen der Solidarität anwenden und die andere beseitigen: man muß sie alle anwenden; und man muß auch bezüglich der Theilung der Schuld unter den Schuldnern den Satz aufstellen, daß, da das präsumirte Verschulden bei Allen gleich ist, der Beitrag nicht nach der Größe der Wohnung des Einzelnen, sondern zu gleichen Theilen geleistet wird.

Im ersten Falle also muß der Miether beweisen: entweder höhere Gewalt, oder einen Fehler in der Bauart, oder die Mittheilung durch die Nachbarn. Es ist das ein Satz, der uns, trotz der entgegengesetzten Ansicht der meisten Rechtslehrer, im Hinblick auf den ganz bestimmten Wortlaut des Code, sowie auf die Bedeutungslosigkeit dieses Wortlauts bei einer anderen Auslegung (weil er sonst nur noch eine unerklärliche Wiederholung des unmittelbar vorhergehenden Textes wäre), sowie endlich auf den Willen unumstößlich zu sein scheint, den der Gesetzgeber dadurch kund gibt, vom gemeinen Rechte bezüglich der Feuersbrünste abzugehen, daß er für den zweiten Fall die Solidarität festsetzt. Wenn sich das Gesetz hiernach bezüglich des Beweispunktes sehr streng zeigt, so derogirt es doch dem gemeinen Rechte bezüglich

der Art der Beweisführung gar nicht und der Beweis kann somit nicht allein durch Zeugen geführt werden, sondern auch durch blose Vermuthungen, die hier wie überall dem Ermessen des Richters anheim gegeben sind, denn dieser Vermuthungsbeweis ist überall zulässig, wo es auch der Zeugenbeweis ist (Art. 1733, 1734 I, II und IV, 1353; Zach. §. 367).

18. — Wenn der Vermiether selbst einen Theil des abgebrannten Hauses bewohnt, dann gilt die Vermuthung eines Verschuldens der Miether nicht, wenigstens nicht kraft Gesetzes und unmittelbar. Diese Vermuthung beruht auf dem Gedanken, daß, wenn nicht erweislich ist, woher das Feuer kommt, angenommen wird, es komme vom Hause selbst her, und daß jeder Miether, bei dem das Feuer ausgebrochen ist, im Verschulden präsumirt wird. Daraus folgt, daß, wenn das Haus nur von Miethern bewohnt ist, angenommen wird, das Feuer habe bei Einem von ihnen angefangen, und wenn man nicht weiß bei welchem, so werden alle zusammen im Verschulden erachtet. Wenn sich nun unter den Bewohnern des Hauses der Vermiether selbst befindet, so konnte das Feuer in seiner Wohnung auskommen und man weiß nicht, ob ein Brand vorliegt, der bei einem Miether angefangen hat, wodurch dann die Präsumtion unmöglich wird. — Kann aber der Vermiether in diesem Falle beweisen, daß das Feuer nicht bei ihm ausgebrochen ist, so thut er damit dar, daß das Feuer bei einem Miether ausgebrochen ist, und gibt damit der Vermuthung für das Verschulden ihre Grundlage wieder und diese Vermuthung lebt mit allen ihren Folgen wieder auf, vorbehaltlich der Bemerkung im folgenden Absatz. Dem kann nicht entgegengehalten werden, die Vermuthung könne hier nicht Platz greifen, weil der Miether da sei, um seine Sache zu bewachen; denn der Vermiether, der einen Theil seines Hauses bewohnt, hat ebensowenig als ein Anderer das Recht, sich bei seinen Miethern einzuführen, um zu sehen, was da vorgeht (Art. 1734, V; Zach. l. c.).

19. — Die vom Miether zu zahlende Entschädigung muß vollständig sein und zum Unterschied von dem, was die Assekuranzen zahlen, das lucrum cessans neben dem damnum emergens umfassen; wenn der Miether aber auch den Vermiether vor Schaden bewahren muß, so ist er doch nicht auch gehalten, ihn gewinnen zu lassen, und er kann vorkommenden Falls von dem, was der Wiederaufbau kostet, eine bestimmte Summe als Differenz zwischen dem Werth des neuen und des alten Gebäudes abziehen. Die Ent-

schädigungsschuld gilt nur bezüglich des Miethobjekts. Ist es nun wahr, wie allgemein anerkannt wird, daß sie sich nicht (kraft einer einfachen Vermuthung) auf Fahrnisse erstreckt, die der Vermiether allenfalls in seinem Hause hatte, weil sie nicht vermiethet waren und bezüglich ihrer die Pflicht der Erhaltung und der Zurückgabe nicht existirt, so ist es auch klar, daß es sich mit dem Theil des Hauses gerade so verhält, welchen der Vermiether inne hat, denn die Schuldner sind nicht Miether dieses Theils. Für diesen vorbehaltenen Theil sowie für das Mobiliar kann der Vermiether eine Entschädigung nur nach dem gemeinen Rechte ansprechen, d. h. wenn er selbst das Verschulden dieses oder jenes Miethers beweist (Art. 1734, VI).

Da die Präsumtion nur Folge der Verbindlichkeit des Miethers, die gemiethete Sache zurückzugeben, ist, so findet sie zwischen den Personen keine Anwendung, von denen die eine der andern gegenüber diese Verbindlichkeit nicht auf sich hat. So kann sich der Vermiether nicht auf diese Präsumtion berufen, der gegen seine Nachbarn klagt, von welchen das Feuer herüber gekommen ist, oder gegen einen Freund seines Miethers, der bei diesem wohnt; das gleiche ist der Fall, wenn ein Miether gegen seinen Vermiether oder gegen einen anderen Miether klagt. Dagegen gilt die Präsumtion einem Aftermiether gegenüber, der von dem Miether oder Vermiether belangt wird, weil er jenem gegenüber durch die Banden zwischen Miether und Vermiether gebunden ist und weil dieser die Klagen des Miethers gegen ihn anstellen kann (Art. 1734, III).

Da das hier dem Eigenthümer gegen seine Miether gegebene Recht ein rein pekuniäres ist und auf alle Rechtsfolger dieses Eigenthümers übertragen werden kann, so kann es auch von ihm cedirt werden, und das Geding, das in einer Assekuranzpolizze dieses Recht des Assekurirten auf den Assekuranten überträgt, ist vollgültig (Art. 1734, VII; Zach. l. c.).

20. — Von dem Ablauf der Miethe und der stillschweigenden Wiedervermiethung. — Ist eine Miethe mit Angabe ihrer Dauer abgeschlossen (was der Code, nach dem Falle, der am häufigsten vorkommt, mit den Worten ausdrückt: „Wenn die Miethe schriftlich abgeschlossen wird"), dann endigt sie zu dem vereinbarten Zeitpunkt kraft Gesetzes, ohne daß ein Theil dem andern zu diesem Behufe etwas kund zu geben braucht. Wenn die Miethe aber ohne Bestimmung bezüglich der Dauer abgeschlossen worden ist, dann ist zu unterscheiden: — 1. ob es sich

um Feldgüter; — 2. oder Fahrnisse, die vermiethet werden, um eine Wohnung zu möbliren, oder möblirte Wohnungen; — 3. oder andere Güter handelt.

Handelt es sich um (unmöblirte) Häuser, Hüttenwerke, Steinbrüche, überhaupt um Güter, die nicht zu den zwei andern oben aufgezählten Klassen gehören, dann ist die Dauer unbestimmt und die Miethe kann nur durch die Kündigung Seitens des einen Theils zu ortsüblicher Zeit und Frist aufhören (Art. 1735, I u. II; Zach. §. 369).

Die Miethe von Möbeln zur Ausrüstung einer Wohnung gilt da, wo sich nicht aus den Umständen eine andere Absicht ergibt, für die Zeit geschlossen, welche nach Ortsgebrauch für die Miethe dieser Wohnung gegeben ist, d. h. für eine unbestimmte Dauer, die nur durch eine Kündigung in der eben erwähnten Weise ihr Ende finden kann. Miethen über möblirte Wohnungen folgen der gleichen Regel, es wäre denn konstatirt, daß sie zu so und so viel jährlich, monatlich oder täglich abgeschlossen worden sind; wie aber festgestellt ist, daß sie zu so und so viel täglich, monatlich oder jährlich abgeschlossen sind, dann gelten sie für einen Tag, Monat oder ein Jahr, und es ist keine Kündigung nöthig, um ihnen ein Ende zu machen (Art. 1757, 1758; Zach. §. 369).

Miethverträge über Landgüter, bei denen keine Dauer angegeben ist, gelten für die ganze Zeit, welche erforderlich ist, um alle Erzeugnisse des Grundstücks einzuerndten. Sie dauern also nur ein Jahr, wenn die ganze Erndte jährlich gemacht werden kann; zwei oder drei Jahre, wenn das betreffende Landgut in zwei oder drei Fluren (Zelgen) getheilt ist; siebenzehn Jahre, wenn ein Schlagholz in Frage steht, das im Ganzen nur alle achtzehn Jahre geschlagen wird, und dessen jüngster Stamm erst einjährig ist. Betrifft die Miethe Grundstücke von verschiedener Art, dann bleibt die Regel die gleiche, die Dauer der Gesammtmiethe bleibt die ganze Zeit, welche zum Erndten der Erzeugnisse aller Grundstücke erforderlich ist. Die Anzeige der Kündigung ist also bei Landgütern nie erforderlich (Art. 1774, 1775, I; Zach. l. c.).

21. — Die Anzeige der Aufkündigung, obgleich vollwirksam, mag sie auch nur mündlich geschehen sein, sofern ihre Existenz zugestanden wird, kann im Läugnungsfall, selbst unter 150 Frs., nur durch Urkunden bewiesen werden; dies kann aber durch Urkunden jeder Art geschehen: z. B. durch Briefe oder durch Eintrag in Quittungen.

Da die Aufkündigung kein Vertrag ist, kein Zusammentreffen zweier Willen, sondern der Ausdruck eines einzigen Willens, so braucht sie auch nicht von dem angenommen zu werden, an welchen sie gerichtet wird. Wenn sie kein Vertrag ist, dann ist sie am allerwenigsten ein zweiseitiger Vertrag, und es ist ein grober Irrthum, wenn man dazu einen Akt in doppelter Ausfertigung für nothwendig hält (Art. 1325).

Die Wirkung der Aufkündigung besteht darin, daß sie den Beziehungen und selbst den Eigenschaften von Vermiether und Miether ein Ende macht. Wenn der letztere im Falle einer Kündigung oder des Ablaufs einer für eine festgesetzte Zeit wirklich oder in gesetzlichem Sinne abgeschlossenen Miethe den Platz nicht räumen will, dann kann der Vermiether in kurzer Frist ein Erkenntniß erwirken, das die unmittelbare Austreibung anordnet, und das bei Wohnungen unter 400 Frs. in Paris und 200 Frs. in den Departements seit 1838 von dem Friedensrichter gegeben werden kann (Art. 1736, III; Zach. l. c.).

22. — Wenn der Miether nach Ablauf einer Miethe, deren Dauer vertragsmäßig oder gesetzlich bestimmt ist, so lange noch im Besitz der Sache verbleibt und vom Vermiether darin belassen wird, daß daraus ihre Absicht erhellt, die Beziehungen als Vermiether und Miether fortdauern zu lassen, dann entsteht eine neue Miethe durch stillschweigende Wiederbegebung. Diese neue Miethe kann von der ursprünglichen sich unterscheiden: sowohl durch ihre Dauer, die nicht die ursprüngliche, vertragsmäßige, sondern die ist, welche das Gesetz oder, in dessen Ermangelung, der Ortsgebrauch festsetzen, wie wir schon oben gesagt haben, sondern auch in den besonderen Stipulationen, die ihrer Natur nach durch einfaches stillschweigendes Uebereinkommen der Betheiligten nicht erneuert werden können (z. B. die Bürgschaft, welche ein Dritter geleistet hat, kann nur mit Einwilligung dieses Dritten fortbestehen); im Uebrigen gilt die Miethe unter den nämlichen Bedingungen, wie die frühere, für abgeschlossen.

Eine stillschweigende Mietherneuerung kann nicht eintreten, wenn ein Theil dem andern bei Ablauf der Miethzeit uneigentlich und überflüssig aufkündet, oder wenn ein Geding, das die stillschweigende Mietherneuerung versagt, ab origine in den Miethvertrag aufgenommen oder erst in der Folge bedungen wurde; das hat aber nur für einige Zeit Geltung, und wenn der Besitz lange genug dauert, dann muß man darin ein Aufgeben des frühe-

ren Willens und die stillschweigende Einwilligung zu einer neuen Miethe finden. Von selbst versteht es sich, daß es nach der eigentlichen Aufkündigung, die ein Theil vorgenommen hat, um eine Miethe von unbeschränkter Dauer zu beendigen, ebenso ist.

Einleuchtend ist es übrigens, daß zu einer stillschweigenden Wiedervermiethung das nämliche Gut gehört, das in der vorhergehenden Miethe figurirt; sonst kann wohl eine stillschweigende Vermiethung, aber keine stillschweigende Wiedervermiethung vorliegen! Wenn also ein Pächter, dem man eine von zwei Fluren eines Landguts für ein Jahr verpachtet hatte, sich in der Folge in Besitz der anderen Flur setzt und vom Vermiether darin belassen wird, dann ist das offenbar eine stillschweigende Miethe über diese zweite Flur und keineswegs ein Fall einer Wiedervermiethung: eine reconductio kann nur bezüglich desjenigen vorkommen, was Gegenstand einer früheren conductio war (Art. 1738—1740, 1759, 1776, II; Zach. §. 369).

23. — Von den Gründen der Auflösung der Miethe. Die Miethe wird durch den Untergang der vermietheten Sache gerade so aufgelöst, wie durch Eintritt der Resolutivbedingung, von der sie abhängt, und namentlich auch, nach den Regeln des gemeinen Rechts, dann, wenn der eine oder der andere Theil seinen vertragsmäßigen Verbindlichkeiten nicht nachkommt. Durch den Tod des einen Theils wird sie aber nicht aufgelöst, sogar nicht, wie es ehedem war, durch die Veräußerung der Sache durch den Vermiether.

Bei den Römern und in unserem älteren Rechte konnte der Erwerber einer Liegenschaft, sofern ihn nicht ein entgegenstehendes Geding seines Erwerbsaktes hindert, den Miether austreiben, indem er sich darauf stützte, daß, da er keine Verbindlichkeit eingegangen, er nicht verpflichtet sein könne, eine ihm ganz fremde Miethe zu halten; der Miether war hiernach gezwungen, seinen Vermiether auf Entschädigung zu belangen. Nur mit den Gütern des Fiskus verhält es sich anders; bei der Veräußerung dieser gilt das Geding kraft Gesetzes, daß der Erwerber verpflichtet sein solle, die Miethe auszuhalten. Was nun nach dem römischen Rechte nur für Miether des Fiskus galt, das hat unser Code im Interesse der Landwirthschaft, der Industrie und aller Staatsangehörigen auf alle Miether von Liegenschaften ausgedehnt und jede Veräußerung einer vermietheten Liegenschaft geht, sofern diese Miethe nur ein sicheres Datum hat (und natürlich dem Vermie-

ther nicht das Recht vorbehält, den Miether im Falle einer Veräußerung auszutreiben) fernerhin kraft Gesetzes nur unter der Auflage vor sich, daß der Erwerber die Miethe aushalte. — Diese Aenderung der Regel findet ihre Erklärung, ohne daß es nöthig wäre, auf die Idee einer Umwandlung des Rechts des Miethers in ein dingliches Recht an der Liegenschaft greifen zu müssen; diese Idee ist um so unhaltbarer, als sie nicht allein ganz unnöthig ist, um die Theorie des Code darzustellen, sondern auch ganz unfähig dazu ist. Das jus in re, wenn es wirklich zu Gunsten des Miethers bestünde, würde den Erwerber wohl zwingen, den Genuß zu gestatten, es könnte ihn aber nicht dazu nöthigen, den Genuß zu verschaffen; es würde dem Miether kein Recht geben, den Erwerber zu zwingen, die für den Genuß nöthigen Reparaturen und Wiederherstellungen vorzunehmen und würde somit in keiner Weise die Nothwendigkeit erläutern, in die dieser Erwerber versetzt sein soll, die Miethe zu halten (Art. 1742, 1743, I, 1328; Zach. l. c. und §. 180).

24. — Diese Regel gilt für jede Veräußerung, obgleich der Code nur von dem Verkaufe spricht; denn der Fall eines Verkaufs wäre gerade der günstigste für den Erwerber, und auf der andern Seite würden Landwirthschaft und Industrie unter der Austreibung durch den oder jenen anderen Erwerber eben so viel leiden, als sie unter der durch einen Käufer leiden. Eben so unzweifelhaft ist es, daß, obgleich der Gesetzestext nur von einem Austreiben des Miethers spricht, die Miethe auch einem Miether gegenüber vollzogen werden muß, der noch nicht in den Genuß eingetreten ist. Auf der einen Seite ist es gerade der Zweck des Abschlusses der Miethe, die Auflösung derselben zu verhindern, die Miethe mag begonnen haben oder nicht; auf der anderen Seite ist es einleuchtend, daß der Code hier die von der konstituirenden Versammlung im Jahre 1791 in dieser Frage begonnene Reform vervollständigen wollte; es wurde eben für jede Auflösung der Miethe der Same des Besserwerdens gestreut. — Da der Eigenthümer einer Sache, die er mit sicherem Datum vermiethet hat, nicht auf einmal einem Erwerber das Genußrecht zum Nachtheil des Miethers übertragen kann, so kann er dieses Recht noch viel weniger auf einen andern Miether dadurch übertragen, daß er arglistiger Weise eine zweite Miethe eingeht; daraus folgt, daß von zwei aufeinander folgenden Miethern dem der Vorzug gebührt, dessen Miethe ein gewisses älteres Datum hat, ohne daß es hier irgend

wie auf eine Besitzfrage ankäme (Art. 1743, II und III; Zach. §. 369).

25. — Wenn die Miethe dem Vermiether für den Fall der Veräußerung das Recht der Auflösung vorbehält, ohne den Betrag der Entschädigung festzusetzen, dann besteht diese Entschädigung in Folgendem: — 1. bei Häusern in einer Summe, die dem Miethzins für die Zeit gleich kommt, welche durch Ortsgebrauch von der Aufkündigung bis zum Auszug gegeben ist; — 2. bei Landgütern in einem Drittheile des Miethzinses für die noch übrige Miethzeit; — 3. bei Manufakturen, Hüttenwerken und anderen Gewerbanlagen in einer Summe, die von Sachverständigen festgesetzt wird. In allen Fällen muß die Entschädigung, sei es vom Vermiether oder vom Erwerber, vorher bezahlt werden, ehe man den Besitz des Miethers aufheben oder hindern kann, und dieser muß bei Landgütern noch ein Jahr vorher und bei andern Gütern in den üblichen Kündigungsfristen benachrichtigt werden.

Der Erwerber hat keineswegs nöthig, um das Recht zum Auflösen zu erhalten, in seinem Erwerbsakte zu erklären, daß er beabsichtige, von der in dem Miethvertrage vorbehaltenen Befugniß Gebrauch zu machen. Da jeder Veräußerer auf seinen Erwerber alle die Rechte überträgt, die ihm an der veräußerten Sache zustehen, so geht hier auf diesen auch das Recht, die Miethe aufzulösen, über. Wenn dies aber auch der Regel nach so ist, so können doch die Umstände eine andere Willensmeinung der Vertragspersonen andeuten, und es ist Sache der Richter der Thatsachen, diese Umstände abzuwägen.

Wenn die Miethe kein sicheres Datum hat, dann fällt die Verbindlichkeit, Entschädigung zu zahlen, weg (jedoch nur was den Erwerber anbelangt); aber die, den Miether in Kenntniß zu setzen, bleibt bestehen, denn die Humanität selbst fordert dies. Wenn der Code dieselbe nicht wiederholt, so ist es nur darum, weil er sie nicht für zweifelhaft angesehen hat, zumal das ältere Recht selbst, welches die Miether so wenig schonte, dennoch eine derartige Härte nicht gegen sie zuließ (Art. 1744—1750; Zach. §. 365).

26. — Im Falle einer Miethe ohne sicheres Datum oder einer solchen, die dem Vermiether die Befugniß vorbehält, im Veräußerungsfalle die Miethe aufzulösen, kann der Kauf auf Wiederkauf so lange nicht auflösen, als er nicht definitiver Eigenthümer geworden ist. Die Regel gilt jedoch nur beim Verkauf auf Wiederkauf und kann nicht auf alle Fälle eines Verkaufs unter einer auf-

lösenden Bedingung ausgedehnt werden. Beim Verkauf auf Wiederkauf ist die Auflösung des Rechts des Käufers nicht nur möglich, sie ist sehr wahrscheinlich, während sie in anderen Fällen rein eventuell ist. Gerade auf diese große Wahrscheinlichkeit des Wiederkaufs stützt sich die Regel der älteren Jurisprudenz und des Code (Art. 1751; Zach. l. c.).

II. Abschnitt.

Von den Regeln, die nur für Hausmiethen gelten.

27. — Derjenige, der ein Haus im Ganzen oder zum Theile miethet, muß, bei Strafe der Auflösung der Miethe auf Verlangen des Vermiethers die Räumlichkeiten mit Hausrath ausrüsten, der hinreicht, für die Zahlung mehrerer Miethzinszieler Sicherheit zu leisten, sofern er diese Garantie nicht durch eine Hypotheke, eine Bürgschaft oder eine andere hinreichende Sicherheit ersetzt, oder sofern es sich nicht um eine Sache handelt, deren Bestimmung kein Mobiliar duldet (Art. 1752, 2102 Nr. 1; Zach. §. 370).

So oft aus diesem oder einem andern dem Miether zuzurechnenden Grunde die Auflösung ausgesprochen wird, haftet dieser Miether für die Miethzinse für die ganze Zeit nach seinem Auszuge, wenn die Räumlichkeiten nicht früher vermiethet werden, abgesehen von den Entschädigungen, die er etwa noch für Mißbrauch im Genuß zu zahlen hat (Art. 1760; Zach. l. c. Note 8).

28. — Ehemals konnte der Vermiether den Miether dann stets austreiben, wenn er sein Haus selbst beziehen wollte. Dieses Vorrecht hat der Code mit allem Fuge abgeschafft, der Vermiether kann die Miethe aus diesem Grunde nur dann auflösen, wenn darüber eine specielle Uebereinkunft getroffen ist. Er kann es nicht, ohne seinen Miether in den üblichen Fristen voraus davon zu benachrichtigen; diese Bedingung ist aber auch die einzige, welche das Gesetz ihm auferlegt, und es verpflichtet ihn hier nicht, wie bei einer Veräußerung, auch zur Zahlung von Entschädigungen (Art. 1760—1762; Zach. §. 370).

III. Abschnitt.

Von den Regeln, die nur für Pachtungen gelten.

29. — Von Pachtungen spricht man bei Landgütern, und Landgüter sind diejenigen, welche Früchte hervorbringen, die der Pächter ernbten darf und die der Hauptgegenstand seiner Pachtung sind. Keine Pachtung, sondern eine Miethe im engeren Sinne

haben wir z. B. im Vermiethen eines Zimmerplatzes, weil dieser Zimmerplatz keine Früchte trägt, oder eines Wohnhauses, das als einfache Pertinenzien oder Zubehörden einen Garten, Obstgarten oder ein anderes fruchttragendes Gelände hat, weil hier das Haus der Hauptgegenstand ist (Art. 1763, I).

Die Pachtverträge haben außer den allgemeinen im ersten Abschnitte aufgestellten Regeln noch zahlreiche und wichtige besondere Regeln, wovon die erste den Irrthum über den Flächengehalt betrifft. Hat man dem Grundstücke einen kleineren oder größeren als den wirklichen Flächengehalt gegeben, dann kann der Pachter den Pachtzins erhöhen oder herabsetzen oder von dem Pachte abgehen, ganz nach den Regeln, die wir im Titel von dem Verkaufe (Nr. 48 ff.) erläutert haben (Art. 1765, 1617 ff. Zach. §. 371).

30. — Der Pachter ist gehalten, Vieh und Ackergeräthe auf das Gut zu bringen so viel nöthig ist, um die Grundstücke nach ihrer Bestimmung und als guter Hausvater zu cultiviren, an den dazu bestimmten Orten seine Erzeugnisse aufzubewahren, den Verpächter von Besitzanmaßungen, Vorgängen und Handlungen zu benachrichtigen, die geeignet sind, das Eigenthums- oder Besitzrecht desselben zu verletzen, und diese Benachrichtigung muß in der Frist geschehen, welche das Gesetz für gerichtliche Ladungen gesetzt hat.

Wenn der Pachter es unterläßt, diese Verbindlichkeiten zu erfüllen, oder wenn umgekehrt der Verpachter den seinigen nicht nachkommt, dann kann nach der allgemeinen Regel von Nr. 23 je nach den Fällen eine Entschädigungspflicht oder auch eine Auflösung des Pachts eintreten (Art. 1766—1768; Zach. l. c.).

31. — Da Landgüter fruchttragende Güter sind und als solche verpachtet werden, so bilden die zu erndtenden Früchte, so lange sie noch nicht vom Boden getrennt sind, einen integrirenden Theil der verpachteten Sache und der Pachter hat in bestimmten Gränzen ein Recht auf Entschädigung, wenn er durch Zufall eines Theils der Erndten beraubt wird, weil er dadurch eines Theils der Sache selbst beraubt wird. Wir sagen in bestimmten Gränzen; denn während der Verlust der Sache in allen Fällen einen Anspruch auf Preisherabsetzung gibt, so klein er auch sein mag (Nr. 13), gibt der Verlust der Erndten dagegen (weil es unbillig wäre, eine Pachtzinsherabsetzung wegen einer blos geringen Ergiebigkeit der Erndte zu gewähren, während bei einer reicheren Erndte keine Erhöhung des Pachtzinses eintritt) nur dann ein Recht auf Ent-

schädigung, wenn er übermäßig ist und seine Uebermäßigkeit nicht durch die Erndten anderer Jahre ausgeglichen wird.

Der Verlust ist dann ein übermäßiger, wenn der Pachter in einem Jahrgange nur die Hälfte einer gewöhnlichen Erndte von seinem Pachtgute zieht; und es muß ein verhältnißmäßiger Nachlaß gewährt werden, auf der einen Seite, wenigstens für diesen Verlust der Hälfte, wenn der Pacht nur ein einjähriger ist, und auf der anderen Seite, wenn, bei einem mehrjährigen Pachte, der Verlust nicht wenigstens zur Hälfte durch den Ueberschuß eines anderen Jahrgangs über eine gewöhnliche Erndte ausgeglichen wird. Wenn z. B. ein Verlust von 60 % in einem Jahrgang, einem Ueberschuß über eine mittlere Erndte von mehr als 10 % in einem früheren Jahrgange gegenüber steht, mithin der Verlust auf weniger als die Hälfte herabsinkt, dann versteht es sich von selbst, daß der Pachter keinen Anspruch auf einen Nachlaß hat; wenn aber ein solcher Ueberschuß von früheren Jahren nicht existirt, dann muß das Ende der Pachtzeit abgewartet werden, um zu sehen, ob nicht ein späteres Jahr einen solchen bringt, und nur dann, wenn kein Jahr ihn liefert, muß der Nachlaß gewährt werden. Hier gestattet jedoch das Gesetz den Gerichten, vorbehaltlich der Abrechnung am Ende der Pachtzeit, den Pachter provisorisch von der Zahlung eines Theils des Pachtzinses zu dispensiren (Art. 1769—1771, I u. II; Zach. §. 371).

32. — Von selbst versteht es sich, daß bei der obigen Berechnung der Verkaufswerth der Produkte des schlechten Jahrgangs nicht zu beachten ist, und daß man dem Pachter den Nachlaß nicht aus dem Grunde versagen kann, weil eine Erndte zwar durch Zufall auf ein Drittheil herabgesunken sei, ihm aber in Anbetracht der hohen Fruchtpreise mehr als die Hälfte des gewöhnlichen Preises einer Mittelerndte eingetragen habe. Dieses Verfahren wäre durch und durch ungesetzlich und unbillig. Ungesetzlich ist es, weil das Gesetz geradezu gebietet, die Berechnung nach der Quantität und nicht nach dem Verkaufspreise der Früchte zu machen; unbillig ist es, weil, wenn man nach dem Werthe rechnen will, man es wenigstens immer thun und mithin dem Pachter den Nachlaß bei einer Erndte gewähren muß, die durch den Zufall nur um ein Drittheil gemindert, dennoch, in Anbetracht der niedern Fruchtpreise des Jahrgangs, nur die Hälfte des Erlöses einer Mittelerndte geben; die Nämlichen, die das vorige Verfahren vertheidigen, nennen dieses selbst unmöglich! Die Wahrheit liegt darin, daß die Un-

möglichkeit in beiden Fällen vorhanden ist, weil der Code, wegen der zu großen Schwankungen des Kaufpreises, die Berechnung für alle Fälle nach der Quantität der Früchte angeordnet hat.

Aus noch viel triftigeren Gründen muß man sich vor der weiteren, wahrhaft unbegreiflichen Ansicht hüten, die Troplong aufstellt, der, indem er alles das, um was der Verkaufspreis den Pachtzins übersteigt, als einen Gewinn des Pachters betrachtet, in allem Ernste lehrt, die Vergleichungsrechnung, welche einen Verlust von wenigstens einer Hälfte in einem Jahrgang ergeben muß, könne zwischen dem Verkaufspreis der Früchte und diesem Pachtzins gemacht werden!!! wie wenn ein Pachter, der 3000 Frs. zahlt und nur 3300 Frs. zieht, also nach Troplong 300 Frs. gewinnt, im Gegentheil nicht mehr als 1500 Frs. verlöre! wie wenn ein um 3000 Frs. gepachtetes Landgut dem Pachter nicht 5000 Frs. kostete! wie wenn endlich hier die beiden Rechnungsfaktoren gesetzlich der Verkaufspreis und der Pachtzins (welche beide mit der Frage gar Nichts zu thun haben) und nicht vielmehr die Quantität der Früchte wäre, welche man gezogen hat, und welche man bei einer mittleren Erndte hätte ziehen müssen (Art. 1769—1771, II u. III; Zach. l. c.).

33. — Was wir oben gesagt haben, um zu erläutern, daß der Verlust von wenigstens einer Hälfte in einem Jahrgang nur dann einen Anspruch auf Nachlaß gibt, wenn dieser Verlust nicht wenigstens zur Hälfte durch einen Ueberschuß über den Durchschnitt in einem andern Jahrgange ausgeglichen erscheint, zeigt deutlich, daß der Eigenthümer stets alle Ueberschüsse aus guten Jahrgängen in Anrechnung bringen darf, ohne gehalten zu sein, sie gegen das fehlende in geringeren Jahrgängen aufheben zu lassen. Auf der einen Seite wäre diese Compensation aller Deficits und Ueberschüsse im Grunde genommen eine Entschädigung für Deficits von weniger als einer Hälfte (während ein Nachlaß nur bei einem Verluste von mehr als der Hälfte verlangt werden kann). Auf der anderen Seite stellt sich diese Compensation der Deficits von weniger als der Hälfte ebenfalls als der Absicht des Gesetzes widerstreitend dar, wenn man bedenkt, daß der Pachter selbst dann keinen Anspruch auf einen Nachlaß hätte, wenn in jedem von zahlreichen Pachtjahren eine ununterbrochene Reihe von Unfällen jede Erndte bis wenig unter der Hälfte mindern würde, so daß er z. B. in zwölf Jahren zwölf Mal 51 oder 52 statt 100 bekäme!

Wenn endlich die Ueberschüsse aus günstigen Jahrgängen den Verlust von mehr als der Hälfte erst nach Abzug der Deficits von ungünstigen Jahrgängen ausgleichen dürften, dann hätte der Code im Falle eines übermäßigen Verlustes in einem Jahrgange, der nicht der letzte der Pachtzeit ist, die Ausgleichung nicht für definitiv erklären können, welche sich aus dem Ueberschusse von einem früheren Jahre ergibt, weil dieser Ueberschuß durch das Deficit eines späteren Jahrgangs neutralisirt werden könnte; der Code hätte die definitive Berechnung an das Ende der Pachtzeit versetzen müssen, wie er es auch für den umgekehrten Fall thut (Art. 1771, IV; Zach. l. c.).

Sowohl bezüglich des übermäßigen Verlustes als bezüglich der Ueberschüsse, die ihn compensiren müssen, versteht es sich von selbst, daß die Berechnung immer über den ganzen Inbegriff der verschiedenen Güter, welche zu dem nämlichen Pachte gehören, gemacht werden muß, und daß stets der Pachter den behaupteten übermäßigen Verlust beweisen muß. Der Nachlaß (der für einen Verlust an Früchten, die schon von dem Grundstücke getrennt sind, nicht angesprochen werden kann) fällt auch dann hinweg, wenn die Ursache des Schadens beim Vertragsabschlusse bekannt war, oder wenn der Pachter die Zufälle ausdrücklich auf sich genommen hat (Art. 1771, V u. VI, 1772; Zach. l. c.).

34. — Obgleich Zufälle in dem Sinne stets unvorhergesehen sind, daß man nicht weiß, wann oder ob sie überhaupt eintreten, so können doch einige derselben wegen ihrer Häufigkeit als wahrscheinlich vorgesehen werden; mit Recht theilt der Code die Zufälle in vorhergesehene oder gewöhnliche und unvorhergesehene oder außergewöhnliche. Der Pachter kann nun die einen wie die anderen auf sich nehmen; dazu gehört aber sogar für die ersteren und aus noch viel triftigeren Gründen für die zweiten eine Stipulation, deren Absicht ganz deutlich ist, und das Geding, das nur besagt, der Pachter nehme alle Zufälle auf sich, ist nur von den gewöhnlichen Zufällen zu verstehen; wie auch die Uebernahme aller Zufälle, selbst der außergewöhnlichen, durch den Pachter nur von dem Verluste an den Erndten, nicht aber auch von dem Untergange des Grundstücks selbst zu verstehen ist. Zwar kann der Pachter auch für diesen letzteren Fall auf alle Entschädigung verzichten; aber auch hier muß sein Wille klar ausgedrückt sein (Art. 1772—1773, 1722; Zach. §. 371).

35. — Das Abtreten eines Pachters und der Eintritt eines andern bietet eine Verflechtung von Rechten und Interessen, die sich vermengen und während der Schlußmonate des endigenden und der Anfangsmonate des beginnenden Pachts eine Art gemeinschaftlichen Genusses beider Pächter herbeiführt, und demgemäß verordnet der Code, daß jeder von ihnen dem andern die erforderlichen Räumlichkeiten und Erleichterungen gewähren muß, wobei bezüglich der Detailregeln auf den Ortsgebrauch verwiesen wird (Art. 1777—1778, I; Zach. l. c.).

Wenn der abtretende Pachter bei seinem Aufzug das Pachtgut nicht mit Stroh und Dünger versehen angetroffen hat, dann ist er, wie es früher die Coutumes vorschrieben, nicht gehalten, Stroh und Dünger, die er selbst angeschafft hat, und die sein Eigenthum sind, ohne Vergütung da zu lassen; er kann sie aber auch nicht, wie gewisse Coutumes ausnahmsweise es gestatteten, gegen den Willen des Eigenthümers, sie gegen Zahlung zu behalten, wegnehmen; im Interesse der Landwirthschaft ist dieser ermächtigt, sie trotz dem Pachter, gegen Zahlung des von Sachverständigen festgesetzten Preises, an sich zu nehmen. — Anders verhält es sich natürlich und der Pachter hat keinen Anspruch auf Vergütung, wenn er sich in seinem Pachtvertrage verpflichtet hat, Stroh und Dünger beim Abzug da zu lassen; dazu gehört aber ein unzweideutig ausgesprochener Wille: das Gleiche liegt z. B. nicht schon in dem einfachen Versprechen des Pachters, im Laufe der Pachtzeit Stroh in Dünger umzuwandeln. Die Thatsache des Ausmergelns des Pachtguts, dem man im Laufe des Umtriebs den nöthigen Dünger entzieht, um ihn zu verkaufen oder andere Ländereien damit zu verbessern, hat Nichts gemein mit der Thatsache des Wegnehmens dieses Düngers am Ende der Pachtzeit, wenn der Eigenthümer ihn dem Pachter, der ihn beigeschafft und dem er gehört, nicht zahlen will; die erste Handlung ist in den Augen eines ehrenhaften Pachters nichts anderes als ein Vergehen, während die zweite die Ausübung eines heiligen Rechtes ist und man kann somit vom Verzicht auf jene nicht auch auf den Verzicht auf diese schließen. Das ist begreiflich, daß man unter der Herrschaft der Coutumes, wo das Ausnahmsrecht, das die Wegnahme am Ende der Pachtzeit trotz des Anbietens der Vergütung gestattete, auch die Wegnahme alles Düngers im Laufe des Betriebs zugab, in einem Geding, das bezüglich des letzten Punktes ausdrücklich auf das gemeine Recht zurückgeht, ein stillschweigendes Zurückgehen auf

das gleiche gemeine Recht bezüglich des Schicksals des Düngers am Ende der Pachtzeit und folglich die Verpflichtung sehen mußte, den Dünger ohne Vergütung zurückzulassen; da aber heut zu Tage das gemeine Recht die Vergütung fordert, so ist es klar, daß die Verpflichtung, Stroh und Dünger ohne Vergütung zurückzulassen, nicht aus einer anderen Stipulation gefolgert werden kann, mit der sie Nichts gemein hat (Art. 1778, II).

36. — Wird das Pachtgut dem Pachter mit dem Viehstand übergeben, den der Eigenthümer zur Bewirthschaftung darauf hält, dann zieht der Pachter allen Nutzen aus diesem Viehstand, gerade wie er auch den Nutzen aus dem Pachtgut selbst zieht; am Ende der Pachtzeit ist er aber gehalten, einen gleichen Werth an Vieh zurückzulassen. Zu diesem Behufe schätzt man den Viehstand beim Beginn des Pachts und am Ende wieder, und wenn der Werth sich geringer herausstellt, dann zahlt der Pachter die Differenz; stellt sich ein Ueberschuß heraus, dann ist das ein Profit, der ihm gehört. Da der Pachter gehalten ist, das Vieh bei seinem Abzuge zurückzugeben und die aufgenommene Schätzung es auf seine Gefahr stellt (ohne ihn zum Eigenthümer zu machen), so daß der Verpachter es unter keinen Umständen verlieren kann, so nennt man es eisernes Vieh, weil es seinem Herrn nie sterben kann (Artikel 1822—1826, I; Zach. §. 376).

Da das Vieh hier einen Theil des Pachtguts als dessen Zubehörde bildet, mithin durch seine Bestimmung immobilisirt ist, so ist es klar, daß es im Laufe des Pachts nur mit der Verpflichtung des Erwerbers veräußert werden kann, diesen Pacht, wenn er ein gewisses Datum hat, zu halten. Ebenso können die Gläubiger, des Verpachters auf den Viehstand nur mit dem Pachtgut greifen, und beide nur zusammen verkaufen lassen, und zwar nur unter der Verpflichtung des Steigerers, den Pacht für Gut und Vieh auszuhalten. Die Gläubiger des Pachters haben natürlich nur ein Recht auf den Nachwuchs, der ihm gehört (Art. 1826, II, 1743, 522; Zach. l. c.).

Die Betheiligten können jedoch die Regeln bezüglich der Viehverstellung nach Belieben modificiren. Es kann z. B. vereinbart werden, der Verpachter solle einen Theil des Nutzens aus dem Vieh bekommen, der Pachter solle den gänzlichen Verlust durch Zufall nicht allein, oder gar nicht tragen (dann verdient aber die Viehverstellung den Namen zu e i s e r n e m V i e h nicht mehr), oder der Pachter solle einen stärkeren Viehstand hinterlassen, als er er=

halten hat. Da die Viehverstellung hier nur ein Theil, ein Geding des Pachtvertrags ist, so werden die etwa übermäßigen Lasten oder Vortheile der ersteren für sich allein betrachtet in der Gesammtheit des Vertrags compensirt, namentlich durch den höheren oder geringeren Pachtzins (Art. 1826, III).

Zweites Kapitel.

Von dem Dienstvertrage.

37. — Wie wir bereits gesehen haben ist das Vermiethen der Arbeit ein Vertrag, in welchem ein Theil, den man den Vermiether nennt, sich verpflichtet, einem Anderen, dem Miether, den Genuß seiner Arbeit oder seiner Gewerbthätigkeit zu gewähren, wogegen dieser sich verpflichtet, den Preis dieses Genusses zu zahlen (Nr. 2 oben).

Bezüglich des Hauptunterschieds zwischen dem Dienstvertrag und der Miethe von Sachen ist man darin einig, daß bei dieser, wenn der Vermiether sich weigert, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, der Vollzug erzwungen werden kann, während jener nur in eine Entschädigungsschuldigkeit übergehen kann, nach der Regel: nemo ad faciendum cogi potest. Dagegen ist die Frage sehr bestritten, worin das unterscheidende Merkmal zwischen dem Dienstvertrage und dem Auftragsvertrage liege. Die Einen sagen, der Vertrag sei Auftrag oder Miethe, je nachdem der Theil, dem man die Arbeit überträgt, die Befugniß hat, den anderen zu repräsentiren, in dessen Namen zu sprechen oder zu handeln, oder sie nicht hat, so daß der Arzt seine Mühewaltung vermiethet, während der Lastträger, der meinen Koffer auf der Post einschreiben läßt, einen Auftrag vollzieht. Die Anderen lehren, es sei dann stets eine Miethe vorhanden, wenn die Arbeit bezahlt wird, und Auftrag, wenn sie es nicht wird, entweder weil sie es nicht werden kann, indem sie ihrer Natur nach nicht in Geld geschätzt werden kann und nur einen Ehrensold, nicht einen wahren Preis zuläßt, oder weil sie ihrer Natur nach zwar bis auf den Kreuzer bezahlt werden kann und dennoch unentgeltlich geleistet wird. — Wenn es sich darum handeln würde, ein Gesetz zu machen, dann dürfte man offenbar weder dem einen noch dem andern Systeme huldigen. Denn wenn es der menschlichen Würde widerstreitet, wenn es ganz entschieden der Wirklichkeit der Dinge und der Moral entgegensteht, Dinge des Geistes und Herzens, diese Akte der Begeisterung, Liebe und Hingebung vermiethen zu wollen, also Akte, die durchaus

nicht zu Geld angeschlagen werden können (und ohne Preis keine Miethe), so ist es auch ziemlich sonderbar, meinen Schuster dann einen Mandatar zu nennen, wenn er meine Stiefeln umsonst flickt. Man muß aber das Gesetz nehmen wie es ist, und es ist ausgemacht, daß das zweite System das des Code ist. Unser Gesetzgeber folgt hier den alten Traditionen und es war in unserem früheren Rechte wie zu Rom, nach Pothier wie nach Gajus und Justinian stets Rechtens, daß das Fehlen oder das Dasein eines wahren Preises den Vertrag zum Auftrag oder zur Miethe macht (Artikel 1779, II; Zach. §. 372 a).

Man unterscheidet vier Arten von Dienstverträgen: — 1. den Einstellungsvertrag; — 2. den Dienstverding; — 3. den Frachtvertrag; — 4. den Verdingungsvertrag.

I. Abschnitt.

Von dem Einstellungsvertrage.

38. — Da der Einsteller für seinen Einsteher nur während eines Jahres von Abschluß des Akts vor dem Präfekten an und sofern der Einsteher nicht während dieser Frist verhaftet wird, verantwortlich ist, so muß er den ganzen Vertragspreis zahlen, sowie das Jahr ohne Desertion oder darauf folgende Verhaftung abgelaufen ist. Er muß ihn ebenfalls zahlen, wenn die Dauer des Dienstes des Einstehers abgekürzt wird; er braucht aber nur einen Theil zu bezahlen, wenn er darum selbst in Dienst treten muß, weil der Einsteher in Folge gesetzlicher Bestimmung zum Dienen in eigenem Namen einberufen wurde, weil hier dem Einsteller die Freiheit nicht vollständig gewährt wird, welche er hat bezahlen wollen. Zwar kann man hier dem Einsteher kein Verschulden vorwerfen; aber daraus kann nur gefolgert werden, daß er keine Entschädigung zu zahlen braucht (Art. 1779, III, arg. Art. 1722; Zach. §. 372 b).

39. — Wenn Einsteller und Einsteher, statt den Vertrag unter sich abzuschließen, beide mit einem Einstellungsagenten gehandelt haben, dann ist nicht blos ein, sondern es sind zwei Verträge vorhanden, einer wodurch sich der Einsteller verpflichtet, dem Agenten eine gewisse Summe zu zahlen, und ein anderer, wodurch sich der Agent verbindlich macht, dem Einsteher eine bestimmte Summe zu zahlen, und es ist somit klar, daß der Einsteller nur dem Agenten gegenüber Schuldner ist, wie auch dieser Agent einzig und allein der Schuldner des Einstehers ist. Weit entfernt also,

daß man den Einsteller, der an einen in der Zwischenzeit fallirten Agenten bezahlt hat, verurtheilen könnte, zum zweiten Male auch noch dem Einsteher Zahlung zu leisten, kann man sogar dem Einsteher kein Klagrecht gegen den Einsteller auf das geben, was dieser etwa dem falliten Agenten noch schuldet; denn der Einsteller ist eben kein Schuldner des Einstehers, der nur Gläubiger des Agenten ist, und mit den anderen Gläubigern dieses Agenten zu Theil gehen muß.

Man muß auch noch zugeben, daß der Einsteher als einfacher Gläubiger des Agenten, kein privilegirter Gläubiger desselben ist (Art. 1779, III; Zach. l. c.).

II. Abschnitt.

Von dem Dienstverding.

40. — Unter Dienstverding versteht man den Miethvertrag mit Dienstboten, im gegenwärtigen und gewöhnlichen Sinne des Wortes, und auch den mit Handwerkern, die nicht zu vorher bestimmten Preisen nach Maas oder Stück arbeiten, sondern sich in eine größere Abhängigkeit dadurch versetzen, daß sie sich auf Tage, Wochen, Monate oder Jahre vermiethen.

Das Gesetz verbietet einen jeden Vertrag, durch welchen sich eine Person verpflichtet, ihr ganzes Leben lang zu dienen; es läßt einen Dienstverding nur zu, wenn er für eine beschränkte Zeit oder für eine bestimmte Unternehmung abgeschlossen wird und unter der Voraussetzung, daß die Zeit oder die wahrscheinliche Dauer der Unternehmung nicht das Aequivalent eines Menschenlebens sind. Ein solcher Vertrag, der verboten ist, weil er den guten Sitten widerstreitet, ist demnach absolut nichtig, und es kann daher sowohl der Herr als der Dienstbote oder der Handwerker in jedem Augenblicke den gesetzlichen Nichtbestand desselben aussprechen lassen. Zwar kann der Herr je nach den Umständen verurtheilt werden eine Entschädigung zu zahlen; dies geschieht aber nur wegen der materiellen Thatsache des durch ihn verursachten Schadens und keineswegs wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit, weil der Vertrag von Grund aus nichtig ist, mithin keinerlei Verbindlichkeit hat erzeugen können. Trotz der Nichtigkeit des Vertrags ist der Herr dennoch gehalten, den Handwerker oder Dienstboten für die ganze Zeit zu bezahlen, während welcher er gearbeitet hat, und zwar nicht kraft des Vertrages und zu dem bedungenen Preise, sondern kraft der Thatsache der geleisteten Dienste und

nach richterlicher Schätzung im Widerspruchsfalle. Wenn die Befugniß, sich in perpetuum zu verpflichten, auch dem Vermiether der Dienste entzogen ist, so ist dies doch begreiflicher Weise beim Dienstherrn nicht der Fall, dieser kann sich rechtsgültig verbindlich machen, bestimmte Personen sein ganzes Leben lang in seinem Dienste zu behalten (Art. 1780—1781, I und II; Zach. §. 372 a).

41. — Wenn sich die Betheiligten nicht über die Dauer der Miethe ausgesprochen haben, dann endigt sie im Allgemeinen nur mit einer Aufkündigung in der ortsüblichen Frist. Sie kann aber auch eine stillschweigend bestimmte Dauer haben, und zwar entweder nach der nämlichen Ortsübung, oder in Folge der Natur der Arbeit.

Der Dienstverding hört mit dem Tode des Arbeiters oder des Dienstboten auf, da der Vertrag von beiden Seiten nur auf dessen Person hin geschlossen wurde. Bezüglich des Todes des Dienstherrn ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu ermessen, ob er nach der Absicht der Vertragspersonen den Vertrag auflösen soll.

Der Dienstverding wie jeder andere zweiseitige Vertrag kann, wenn ein Theil seine Verbindlichkeiten gröblich verletzt, vom andern aufgelöst werden, und dieser kann je nach den Umständen auch noch Entschädigung ansprechen. Wenn höhere Gewalt den Vollzug der Verbindlichkeiten eines Theiles unmöglich macht, dann wird keine Entschädigung geschuldet; immerhin kann sich aber der andere Theil losmachen. Dies gilt auch im Falle der Krankheit eines Dienstboten; denn abgesehen davon, daß ein Herr nicht immer die Mittel hat, und wenn es auch für einen oder zwei Monate wäre, zwei Dienstboten statt eines zu zahlen, ist es für den, der dies kann, nur eine Gewissensfrage und keineswegs eine gesetzliche Verbindlichkeit (Art. 1780—1781, III, 1184, 1722, 1741, 1765; Zach. l. c.).

42. — Wenn zwischen dem Herrn und dem Arbeiter oder Dienstboten Streit über den Betrag des bedungenen Lohns oder über die Zahlung für ein verflossenes Jahr oder über Abschlagszahlungen des laufenden Jahres Streit entsteht, dann verbietet das Gesetz den Zeugenbeweis und schreibt vor, daß dem Herrn auf seinen Eid geglaubt werden solle. Unter dieser Verfügung muß stets eine eidliche Erhärtung verstanden werden; sie ist gewiß bedeutend genug, um wenigstens diese Garantie zu verlangen, und es ist außerdem nicht abzusehen, zu was dem Dienstherrn eine

andere Interpretation dienen sollte, da ihm ja der Eid von seinem Gegner immer zugeschoben werden könnte.

Da es sich hier um eine sehr bedeutende Ausnahme vom gemeinen Rechte handelt, so ist es klar, daß man sie nicht über die vorgesehenen Fälle ausdehnen kann. Bezieht sich daher der Streit auf die Existenz des Vertrags selbst oder auf dessen Dauer rc., mit einem Worte auf etwas anderes als den Betrag des Lohns und dessen Zahlung, dann findet die Regel keine Anwendung. Das Gleiche tritt bei dem Erben des Dienstherrn ein, weil es sich um eine persönliche Handlung des letzteren dreht, die der Erbe nicht an dessen Stelle bekräftigen kann (Art. 1781, IV; Zach. l. c.).

III. Abschnitt.

Von dem Frachtvertrage.

43. — Das Gesetz nennt hier alle Klassen von Menschen, die sich zu Land oder zu Wasser mit dem Transport von Personen oder Sachen beschäftigen, Fuhrleute.

Der Frachtvertrag gilt für stillschweigend abgeschlossen und die zu transportirenden Sachen stehen somit unter Verantwortlichkeit des Fuhrmanns, sobald sie ihm selbst oder seinem Geschäftsführer entweder in seinem Fuhrwerk oder Schiff oder in seinem Magazin oder Geschäftszimmer, im Hafen oder an einem anderen üblichen Orte übergeben worden sind. Arbeiter, die mit dem Kommissionsgeschäft nicht betraut sind, können nicht in Empfang nehmen und der Kondukteur eines Fuhrwerks gehört zu diesen, wenn ein Geschäftsführer vorhanden ist; wo aber ein solcher Geschäftsführer fehlt, da ist der Kondukteur so anzusehen, als habe er diese Befugniß, weil er hier der einzige ist, an den man sich wenden kann.

Wird der Vertrag mit einem Fuhrmann abgeschlossen, der zugleich Handel treibt, dann ist wegen dieser Eigenschaft der Zeugenbeweis gegen ihn unbedingt zuläßig. Im entgegengesetzten Falle geschieht die Beweisführung nur nach gemeinem Rechte. Gegen diesen Satz kann man sich auch nicht auf Art. 1782 berufen; denn dieser Artikel stellt den Fuhrmann nicht absolut dem Gastwirthe gleich, namentlich nicht in dem, was den Beweis des Vertrags anbelangt, sondern nur darin stellt er beide gleich, was die Aufbewahrung und Erhaltung der Sachen betrifft.

Die Fuhrleute, die Handelsleute sind, müssen ein Buch halten zum Eintrag des Geldes und der anderen Gegenstände, die sie übernehmen. Diese Eintragung bildet ein neues Beweismittel

gegen sie; aber trotzdem bleiben sie dann dem Zeugenbeweise unterworfen, wenn weder eine Eintragung stattgefunden hat, noch ein Empfangsschein ausgestellt worden ist. Anders muß es sich natürlich verhalten, wenn der Reisende oder der Spediteur selbst, um die Transportkosten zu sparen, den Gegenstand ohne Wissen des Fuhrmanns mitgenommen haben; wenn aber dieser es sich zu Schulden kommen ließ, keinen Eintrag gemacht zu haben, dann kann sein Verschulden ihm nicht zum Nutzen gereichen und der Zeugenbeweis bleibt also zulässig. Er ist sogar gegen Notirungen zum Behufe des Eintrags zulässig, weil das ein Titel ist, den sich der Fuhrmann ohne hinreichende Controle selbst schafft (Artikel 1782--1786, I; Zach. §. 373).

44. — Der Fuhrmann haftet für Verlust und Haverei der ihm anvertrauten Sachen, sofern er nicht beweist (auch durch Zeugen), daß solcher von einem Zufalle oder einem Fehler der Sache herrühre; auch für den durch Zufall verursachten Schaden bleibt er dann verantwortlich, wenn von seiner Seite dem Zufalle ein Verschulden voranging, ohne das er nicht eingetreten wäre. Das Gesetz dehnt seine Verantwortlichkeit auch auf den Fall eines Diebstahls aus, wenn die Entwendung nicht mit Gewalt verübt wurde.

Darüber ist man heut zu Tage einig, daß beim Verlust von Gegenständen, die nicht in Geld oder Kostbarkeiten bestehen, der Fuhrmann den ganzen Werth der Sache bezahlen muß. Hiergegen kann man sich weder auf das Gesetz vom Jahre 1793, weil dieses nur für das Staatsfuhrwesen und nicht für Privatunternehmungen gegeben wurde, noch auf den desfallsigen Inhalt der Scheine berufen, die den Reisenden behändigt werden, weil die Annahme des Scheins, der oft nicht einmal gelesen wird, keine Uebereinkunft bildet, die doch unerläßlich ist, um den Rechtsgrundsätzen zu derogiren. Verhält es sich aber mit Geld und Kostbarkeiten auch so, wenn man unterlassen hat, deren Natur speciell anzugeben? Die Frage muß verneint werden, denn die sehr werthvolle Beschaffenheit dieser Gegenstände erfordert eine sorgfältigere Ueberwachung, eine Sorgfalt, die sich unmöglich auf jedes beliebige Packet erstrecken kann, und verlangt somit eine besondere Empfehlung von Seiten des Reisenden oder des Spediteurs, als welche man gewiß nicht schuldfrei erklären kann, wenn er seine kostbaren Sachen selbst wie ein gewöhnliches Packet behandelt und behandeln läßt.

Wenn der Werth der zu Grunde gegangenen Sachen bestritten wird und es in dieser Richtung an Nachweisungen fehlt, dann kann der Richter dem Kläger einen Eid auferlegen, wobei er aber den höchsten Betrag festzusetzen hat, bis zu welchem ihm geglaubt werden soll. Der Fuhrmann kann mittelst persönlicher Haft zur Zahlung der Entschädigung angehalten werden (Art. 1782—1786, II, 1369, 1952, 2060; Zach. §. 373).

Die Klage auf Ersatz von Verlust und Schaden erlöscht bei Empfängern, die zugleich Handel treiben: — 1. durch Annahme der Sachen mit sofortiger oder nachfolgender Zahlung ohne Einwand oder Vorbehalt; — 2. durch den Ablauf von sechs Monaten bei Versendungen im Inlande und von einem Jahre bei solchen vom Auslande. Für Nichthandelsleute gibt es keine specielle Bestimmung, die ihnen in diesem Falle die Wohlthat des gemeinen Rechts entzieht, und man muß also annehmen, daß bei diesen nur die dreißigjährige Verjährung Geltung hat.

Die Verordnungen, welchen die Unternehmer von öffentlichen Transportanstalten unterworfen sind, sind zwar nur in Anbetracht der öffentlichen Sicherheit gegeben, haben aber dennoch auch zwischen den Fuhrleuten und den Reisenden oder Spediteuren bindende Kraft. Die Letzteren sind also gehalten, sich darnach zu richten, wie sie auf der anderen Seite, wo es ihr Interesse erheischt, deren Befolgung verlangen können (Art. 1786, III; Art. 105, 108 C. de c.; Zach. l. c.).

IV. Abschnitt.

Von dem Verdingungsvertrage.

45. — Wenn man Jemanden ein Werk aufträgt, dann kann man entweder nur die Arbeit von ihm verlangen und ihm dem Werkstoff geben, oder dahin übereinkommen, daß er den Werkstoff und die Arbeit liefern solle. Während aber der Vertrag im ersten Falle eine Miethe ist, ist er im zweiten ein Kauf. Es ist ganz der gleiche Vertrag, wenn ich einen ganz fertigen Gegenstand bei einem Fabrikanten kaufe, oder die Vereinbarung dahin treffe, daß ich ihn nehmen wolle, wenn er ihn fertig haben wird; der einzige Unterschied ist der, daß der Kauf im einen Falle unbedingt, im andern bedingt ist, und sich auf einen künftigen Gegenstand bezieht. Abgesehen davon, daß der Code schon anderwärts gesagt hat, daß die Verakkordirung einer Arbeit nur dann eine Miethe ist, wenn der Werkstoff von dem geliefert wird, der auch die Arbeit macht, wiederholte er im vorliegenden Abschnitt aus-

drücklich, daß der Vertrag in diesem Falle eine Miethe und im andern Fall ein Kauf sei, und diese so bestimmte Erklärung wurde nur deßhalb gestrichen, weil man sie für überflüssig erachtete, und nicht, weil man sie für unrichtig oder zweifelhaft hielt.

Zur Miethe genügt es ferner, wenn der, der arbeiten läßt, den Haupttheil des Stoffes liefert; es ist z. B. eine Miethe, wenn ein Schneider mir ein Kleid von meinem Tuche macht, wenn er auch die Zubehör dazu liefert, oder wenn ein Bauunternehmer mir ein Haus mit seinen Werkstoffen auf meinen Boden baut (Artikel 1787, I, 1711; Zach. §. 374).

46. — Wenn die Sache, zu der der Arbeiter den Stoff liefert, zu Grunde geht, ehe der Käufer sie gut befunden hat, oder wegen der Prüfung in Verzug gesetzt worden ist, dann ist die Bedingung, unter welcher sie gekauft war, nicht eingetreten, die Sache mithin Eigenthum des Arbeiters geblieben, geht also ihm zu Grunde. — Liefert dagegen der Arbeiter nur seine Arbeit, dann geht die Sache, die vor Empfangnahme oder Verzugsetzung ohne sein Verschulden untergeht, für den Herrn bezüglich des Stoffs zu Grunde, weil dieser Stoff ihm gehört und für den Arbeiter bezüglich der Handarbeit, weil der Preis dieser Handarbeit erst durch die Empfangnahme geschuldet worden wäre; ist aber der Verlust durch einen Fehler des Stoffs eingetreten, dann muß der Herr diesen Preis zahlen, sofern es sich nicht um einen Fehler handelt, bei welchem der Arbeiter seiner Kunstkenntniß nach im Verschulden ist, wenn er ihn nicht bemerkt. — Wurde der Stoff zum Theil vom Herrn und zum Theil vom Arbeiter geliefert, dann verliert der Herr seinen Theil Stoff und der Arbeiter den anderen Theil nebst seiner Handarbeit; tritt der Verlust in Folge eines Fehlers des einen Stoffs ein, dann muß der, dessen Stoff fehlerhaft war, den andern entschädigen, sofern es nicht der Stoff des Herrn war und der Arbeiter den Fehler hätte erkennen sollen.

Wenn das Werk stückweise oder nach dem Maas gemacht wird, dann kann der Herr wegen der Verificirung eines Stücks nach dem andern in Verzug gesetzt werden und es wird angenommen, er habe den ganzen bezahlten Theil verificirt und stillschweigend gutgeheißen, wenn er nach Verhältniß der gelieferten Arbeit zahlt (Art. 1788—1791, II; Zach. §. 374).

47. — Handelt es sich, wenn auch nur um theilweise, Erbauung oder Wiedererbauung von Gebäuden oder anderen größeren Werken (von Kanälen, Brücken 2c.), dann sind die Architekten und

Unternehmer, die solche im Akkord oder sonst wie hergestellt oder geleitet haben, für den gänzlichen oder theilweisen Untergang, der innerhalb zehn Jahren von Empfangnahme der Arbeiten in Folge eines beliebigen Fehlers eintritt oder einzutreten droht, verantwortlich. Diese Verantwortlichkeit, die ebensosehr für die öffentliche Sicherheit als im Privatinteresse des Eigenthümers eingeführt ist, bleibt selbst dann bestehen, wenn die Baumeister oder Unternehmer dem Eigenthümer alle geeigneten Vorstellungen gemacht und, auf seine Weigerung, denselben Rechnung zu tragen, ausdrücklich stipulirt haben, daß sie für Nichts einstehen; denn es ist ihre Sache nie und unter keinem Vorwande, von den Regeln der Kunst abzuweichen.

Ist das Klagerecht durch Kundwerden des Fehlers entstanden, dann verjährt die Klage des Eigenthümers erst in dreißig Jahren, weil es keine besondere Bestimmung gibt, welche den Fall dieser gemeinrechtlichen Frist entzöge. Zwar lehrt ein Autor, der Art. 2270 setze für die Klage eine zweite Frist von zehn Jahren fest, und ein Urtheil geht noch weiter, indem es entscheidet, die Klage erlösche mit Ablauf der ersten Frist, nämlich derjenigen, innerhalb welcher sie zur Entstehung kommen kann; diese beiden Ansichten sind aber gleich unhaltbar, weil, wenn die zweite bis zur Lächerlichkeit geht, indem sie zuweilen die Verjährungszeit auf einige Tage oder Stunden reducirt, d. h. auf eine Frist, die gerade die Negation der Klage ist, die erste als Frist zur Klageanstellung das ansieht, was nur die Wiederholung der Gewährleistungsfrist selbst ist. Die Frist zur Klageanstellung ist kein Gegenstand irgend einer speciellen Regel, sie dauert folglich dreißig Jahre lang.

Da der Untergang eines Baues in dem kurzen Zeitraum von zehn Jahren nicht vom Alter herrühren kann und folglich nothwendig auf einem Fehler beruhen muß, wenn er nicht von einem zufälligen und auf höherer Gewalt beruhenden Ereigniß herrührt, so findet der Eigenthümer den vollen Beweis des Fehlers in den Umständen selbst und der Erbauer kann dem nur entgehen, wenn er einen Zufall behauptet und beweist.

Bei allen anderen Arbeiten, die nicht zu den erwähnten Bauten gehören, hört die Verantwortlichkeit mit Annahme der Arbeiten auf (Art. 1792, I; Zach. §. 374, Note 10).

48. — Baumeister und Unternehmer, die große Bauten im Akkord und nach einem zum Voraus festgesetzten Plane übernommen haben, können niemals eine Erhöhung des festgesetzten Preises

fordern, selbst nicht für Neuerungen oder Zusätze zum Plan, sofern nicht diese Aenderungen, wofür der Preis außerdem noch vereinbart worden sein muß, die schriftliche Genehmigung des Eigenthümers erhalten haben. Ist keine Urkunde vorhanden, dann ist dem Baumeister jeder Anspruch abgeschnitten und er kann ebensowenig sich der Eideszuschiebung oder einer Befragung über Thatsachen und Artikel, als jedes anderen Beweismittels bedienen. Der Gesetzestext spricht hier nur von Gebäuden; aber sein Geist verlangt die Anwendung der Bestimmung auf alle großen Werke, weil die unvorhergesehene und verderbliche Kostensteigerung hier ebenso zu fürchten ist und Neuerungen am ursprünglichen Plane ebenso gefährlich sind (Art. 1793, II; Zach. §. 374).

49. — Das Gesetz gestattet dem Eigenthümer sogar bei Akkordunternehmungen, den Vertrag aufzulösen, wann es ihm beliebt und in welchem Stande auch die Arbeiten sein mögen; nur muß er dem Arbeiter nicht allein seine Auslagen, sondern auch allen den Gewinn ersetzen, den er bei der Unternehmung gemacht hätte.

Der Vertrag wird ferner durch den Tod des Arbeiters aufgelöst, ohne daß es darauf ankäme, ob es sich um Arbeiten handelt, bei denen Talent und Manier des Arbeiters in Betracht kommen oder nicht. Jedoch muß der Eigenthümer hier in die Verlassenschaft des Arbeiters den Werth aller fertigen Arbeiten und der zugerichteten Werkstoffe zahlen, die für den angefangenen Bau brauchbar sind (Art. 1794—1796, I, 1122; Zach. l. c.).

50. — Zwei Schriftsteller lehren, daß die beiden eben angeführten Auflösungsgründe sogar in dem Falle Anwendung finden, wo ein Baumeister den Bau auf seinem Boden errichtet, oder wo ein beliebiger Handwerker die Arbeit mit seinem eigenen Werkstoff macht. Diese Ansicht ist irrig, weil hier ein bedingter Verkauf und keine Miethe vorliegt. Ein, wenn auch bedingter, Verkauf ist weder nach dem blosen Willen des Käufers, noch durch den Tod des Verkäufers auflösbar (Art. 1796, I).

51. — Die bei einer Arbeit verwendeten Handwerker haben, wenn sie der Unternehmer nicht bezahlt, eine directe und persönliche Klage gegen den Eigenthümer, aber diese Klage, gestützt auf die Führung der Geschäfte des Eigenthümers, ist nur für den Betrag zuläſſig, für den der Unternehmer, im Augenblick der Anstellung, noch Gläubiger des Eigenthümers ist. Daraus folgt, daß sie wegen der Forderung oder dem Forderungstheil, den der Unternehmer gehörig cedirt hat, nicht angestellt werden kann, und daß

sie auch einfachen Materiallieferanten nicht zusteht. Da die Klage der Handwerker proprio nomine und nicht jure debitoris angestellt wird, so wird der Eigenthümer mit dem Augenblicke, wo ihm die Klage dieser Arbeiter behändigt ist, ihr Schuldner, und hört auf, der des Unternehmers zu sein, so daß die Gläubiger des letzteren kein Recht haben, sich mit ihnen in die guthabende Summe zu theilen, wie sie es hätten, wenn die Arbeiter nur auf Grund des Art. 1166 klagen würden.

Von selbst versteht es sich, daß jeder Unternehmer dem Eigenthümer für die Handlungen seiner Untergebenen haftet, und daß jeder Arbeiter irgend eines Handwerks, der für sein Fach um einen bestimmten Preis akkordirt, ein wirklicher Unternehmer bezüglich des betreffenden Theils ist (Art. 1797—1798, II; Zach. l. c.).

Zweiter Theil.

Von der uneigentlichen Miethe.

52. — Die uneigentliche Miethe kommt in zwei Fällen vor: — 1. beim Pacht auf Theilbau; — 2. bei der Viehverstellung, die nicht zu eisernem Viehe ist (Nr. 26).

Erstes Kapitel.

Von dem Pacht auf Theilbau.

53. — Pacht auf Theilbau nennt man denjenigen, bei welchem der Pachter, gegen eine verhältnißmäßige gewöhnlich hälftige Theilung der Früchte, den Genuß des Landguts erhält und den Namen Theilbauer führt.

Der Pacht auf Theilbau hat etwas von der Miethe und von der Gesellschaft an sich: von der Miethe, weil der Theilbauer das Grundstück allein an sich nimmt und ausbeutet und dem Verpachter als Pachtzins einen Theil der Erzeugnisse gibt; von der Gesellschaft, weil der Verpachter hier den Genuß seiner Ländereien gemeinschaftlich macht, wogegen der andere Theil seine Arbeit und Gewerbthätigkeit einwirft. Wenn man also nicht sagen darf, daß hier eine wahre Pachtung vorliege, so darf man darin eben so wenig exclusiv einen Gesellschaftsvertrag suchen; den Begriff der Miethe darf man hier um so weniger bei Seite stellen, als der Code

diesem Begriff dadurch die Oberhand gegeben, daß er diesen gemischten Vertrag in den vorliegenden Titel aufgenommen hat (Artikel 1763—1764, II).

54. — Gerade weil dieser Pacht zugleich Miethe und Gesellschaft ist und, wenigstens von Seite des Vermiethers, in Berücksichtigung der Person des Mitkontrahenten geschlossen wird, versagt das Gesetz dem Pachter hier bei Strafe der Auflösung die allgemein gewährte Befugniß, zu cediren oder weiter zu verpachten. Unhaltbar ist aber die Behauptung, daß der Pacht auch durch den Tod des Theilbauers aufgelöst werde und daß darin eine Consequenz des gesetzlichen Verbots, zu cediren oder weiter zu verpachten, liege. Auf der einen Seite ist es für den Vermiether viel weniger drückend, wenn er nur das zu befürchten hat, daß seine Ländereien später und nur auf den Fall des Ablebens in die Hände des Erben seines Pächters übergehen (eines Erben, den er vielleicht kennt und der häufig ein Sohn ist, der das Gut mit seinem Vater umtreibt), statt Gefahr zu laufen, sie sofort in die Hände des Ersten Besten kommen zu sehen. Auf der anderen Seite zieht das im Pachtbriefe niedergeschriebene Verbot, weiter zu verpachten, die Auflösung durch Ableben des Pächters nicht nach sich und es ist falsch, wenn man diese Auflösung als eine Consequenz dieses Verbots hinstellt. Der Theilbau steht also in dieser Hinsicht unter den gewöhnlichen Grundsätzen der Miethe, und wenn der Vermiether den Tod des Miethers als Auflösungsgrund betrachtet wissen will, dann muß er sich dahin aussprechen (ibid.).

55. — Während der Pächter eine verhältnißmäßige Minderung des im Pachtvertrag bestimmten Preises dann stets fordern kann, wenn ein Zufall seine Erndte um mehr als die Hälfte eines mittleren Jahrgangs mindert, ist der Theilbauer dagegen stets gehalten, es mag kommen was will, den vertragsmäßigen Theil der Früchte zu liefern. Wenn z. B. seine Erndte auf den dritten Theil eines mittleren Jahrgangs herabsinkt, dann kann er darum doch nicht sagen, seine Schuld der Hälfte der Früchte sei auf ein Drittheil dieser Hälfte, d. h. auf ein Sechstel der vorhandenen Früchte, herabgesunken; er muß stets die Hälfte dieser vorhandenen Früchte, der Pachtberedung entsprechend, liefern. Die Minderung, welche das Gesetz dem Miether vergönnt, liegt hier nach der Natur der Dinge in dem unbedingten Vollzug des Vertrags, weil, da der Theilbauer keine voraus bestimmte Sache, sondern nur einen bestimmten Bruchtheil der Früchte schuldet, jeder Zufall, der die

Quantität dieser Früchte mindert, damit auch den schuldigen Bruchtheil mindert, so daß man doppelte Entschädigung leisten würde, wenn man auch noch die Zahl dieses Bruchtheils herabsetzen wollte.

Die Stellung des Theilbauern ist hierin sogar in doppelter Hinsicht viel vortheilhafter als die eines Pächters, weil diese Minderung des Betrags des unveränderlichen Bruchtheils nicht allein bei übermäßigem Verlust eintritt, sondern bei jedem Verluste, er mag groß oder klein sein; und weil sie ferner auch bei dem Verlust durch einen Zufall eintritt, der die schon vom Grundstück getrennten Früchte trifft (Art. 1771, VI).

Alle anderen Regeln einer eigentlichen Miethe, die nicht unvereinbar mit dem Theilbau sind, oder denen das Gesetz nicht in dieser Richtung ausdrücklich derogirt, bleiben auf diesen Vertrag anwendbar. Diese Frage sollte keinen Zweifel bieten, besonders da, wo es sich um die gesetzliche Vermuthung für das Verschulden des Miethers bei einem Brande handelt. Da der Theilbauer dem Vermiether gegenüber wie jeder andere Miether die Verpflichtung hat, die gemiethete Sache zu erhalten und zurückzugeben, so hat er auch die nämlichen gesetzlichen Consequenzen auf sich (Art. 1733, III).

Zweites Kapitel.

Von der Viehverstellung.

56. — Der Viehverstellungsvertrag, von dem man, wegen der Verschiedenheiten seiner verschiedenen Arten, unmöglich eine vollständige und auf die ganze Gattung anwendbare Begriffsbestimmung geben kann, läßt sich (indem man den Vertrag über eisernes Vieh, der eine reine Miethe ist, wegläßt) summarisch dahin definiren: er ist ein Vertrag, kraft dessen ein Theil dem andern einen ganzen oder theilweisen Bestand von Vieh übergibt, das dieser einstellen, ernähren und warten muß, und wovon Gewinn oder Verlust unter ihnen getheilt wird.

Man unterscheidet vier Arten von Viehverstellung: — 1. den einfachen Viehpacht; — 2. den Viehpacht zur Hälfte; — 3. den Viehpacht beim Theilbau; — 4. endlich einen uneigentlichen Viehpacht, der nur einige Kühe zum Gegenstande hat, deren Nutzen, nicht aber auch Verlust, unter den Vertragspersonen getheilt werden soll.

II. Abschnitt.

Von dem einfachen Viehpacht.

Der einfache oder gewöhnliche Viehpacht ist derjenige, kraft dessen der Verpächter einen ganzen Viehbestand hingibt, um sich in den Nachwuchs und die Wolle (Haare 2c.) mit dem Pächter zu theilen, während dieser Milch, Dünger und Arbeit allein zieht, und die Hälfte des zufälligen und unverschuldeten Verlustes trägt.

War der Verlust nicht durch Zufall eingetreten, oder zwar durch Zufall, dem aber ein Verschulden des Pächters vorausging, ohne welches er sich nicht ereignet hätte, dann haftet dieser Pächter für den ganzen eingetretenen Verlust. Der Pächter hat hier den Zufall zu beweisen, den er behauptet, und der Verpächter das Verschulden, das er dem Pächter vorwirft.

Erst am Ende des Pachts wird die zweite Schätzung vorgenommen und zeigt, mit der anfänglichen zusammen gehalten, an, ob Verlust im Viehstand ist, und ob der Pächter dem Verpächter die Hälfte dieses Verlustes zu zahlen hat; während der Pachtzeit hat der Pächter nie etwas aus diesem Grunde zu zahlen und etwaige theilweise Verluste verpflichten ihn nur, das Jungvieh heranwachsen zu lassen, um die Heerde zu ergänzen. Verlust oder Gewinn wird jedoch mittelst der Anfangs- und der Schlußschätzung nicht nach der Zahl der Thiere, sondern nach ihrem Werthe berechnet (Art. 1804, I; 1806—1810, I u. II; 1817, I; Zach. §. 376).

57. — Die traurige Lage der Viehpachter veranlaßte den Gesetzgeber, sie gegen die Härte der Eigenthümer, welche aus ihrer schlimmen Lage Nutzen ziehen könnten, kräftig zu schützen. Der Code verbietet jedes Geding als sittenwidrig, das zum Gegenstande hat: — 1. dem Pächter den ganzen zufälligen und unverschuldeten Verlust aufzuhalsen; — 2. ihm einen größeren Antheil am Verlust als am Gewinne zuzuscheiden; — 3. dem Verpächter zu gestatten, am Ende der Pachtzeit etwas mehr vorweg zu nehmen, als die Heerde, die er geliefert; — 4. dem Pächter Milch, Dünger und Arbeit der Thiere ganz oder zum Theile wegzunehmen, um sie dem Verpächter zuzuscheiden. Zwar liegt das Verbot des letzteren Gedings nur implicite im Code und besteht darüber keine ausdrückliche Bestimmung, wie für die drei ersten; da aber dieses Geding gerade dasjenige ist, das am ersten untersagt gehört (da die Milch dem unglücklichen Viehpächter das tägliche Brod gibt), da es stets verpönt war, so müssen wir annehmen, daß, wenn der Code das Verbot nicht speciell eingeführt hat, er es eben nicht für zweifel-

haft hielt und glaubte, es gehe zur Genüge aus den Traditionen des älteren Rechts und aus einer Vergleichung der verschiedenen Gesetzesstellen hervor (Art. 1811, I).

Das Dasein eines verbotenen Gedings zieht aber natürlich nicht die Nichtigkeit des ganzen Vertrags nach sich, weil utile per inutile non vitiatur; das leuchtet aber ein, daß dieses Geding vollständig nichtig ist, und daß man ganz von demselben absehen und an seine Stelle das gemeine Recht setzen muß, dem es derogirte (Art. 1811, II).

Da nicht verbotene Gedinge erlaubt bleiben, so kann man stipuliren, daß der Verpächter von Nachwuchs und Wolle einen größeren Theil als der Pächter bekommen solle, nur müssen die Antheile am Verluste auch dieselben sein. Das ist übrigens klar, daß der Pächter bei jeder beliebigen Proportion der Theile die Wollschur nie vornehmen darf, ohne den Verpächter in Kenntniß zu setzen (Art. 1811, I, 1814).

Das versteht sich auch von selbst, daß dem Pächter ganz vortheilhafte Gedinge nicht unerlaubt sind, sofern sie nicht gegen alle gemeine Rechtsgrundsätze verstoßen; daß der Pächter gleich der Wolle auch die Haare und Federn von den Pachtthieren bekommt, und daß sein Recht auf die Arbeit dieser Thiere ihm nicht gestattet, sie für Andere arbeiten zu lassen (Art. 1811, III; Zach. l. c.).

58. — Kein Theil kann, unter welchem Titel es auch sei, zum Nachtheil des anderen auch nur über ein Thier der Heerde oder über den noch nicht vertheilten Nachwuchs verfügen; aber trotzdem wird die unbefugte Veräußernng, was den in Besitz gesetzten und gutgläubigen Erwerber (d. h. der von der Existenz des Pachts keine Kenntniß hat) anbelangt, nach der Regel aufrecht erhalten, daß bei Fahrnissen der Besitz als Rechtstitel gilt. Außer diesem Falle müssen die Erwerber des Verpächters selbst, nach Analogie des Art. 1743, das Recht des Pächters respektiren. Daraus, daß kein Theil ohne Einwilligung des anderen über irgend ein Thier verfügen kann, darf man jedoch nicht schließen, daß er diesen anderen Theil auch nicht zu einem Verkaufe, wenn ein solcher für nützlich erachtet würde, zwingen oder Entschädigung ansprechen könne, wenn die Weigerung eine nachtheilige Verzögerung herbeiführte. Dem kann man auch nicht entgegen halten, daß der Verpächter, als ausschließlicher Eigenthümer der Heerde, nicht gezwungen werden könne, seine Sache gegen seinen Willen ganz oder zum Theile zu veräußern. Die Eigenschaft eines Eigenthümers gibt

kein Recht, seinen Verbindlichkeiten nicht nachzukommen; der Verpächter hat sich durch den Pachtabschluß verpflichtet, dem Pächter alle die Vortheile zu verschaffen, welche eine dienliche Ausbeutung des Viehpachts gewähren kann, und muß alle die Maßregeln zulassen, welche ein guter Umtrieb dieses Viehpachts nützlich oder nothwendig machen kann (Art. 1812, I—III; Zach. l. c.).

59. — Wenn der Viehpächter, dem der Verpächter seine Heerde gibt, Pächter oder Meier eines anderen Eigenthümers ist, dann muß der Verpächter diesem seinen Viehpachtvertrag kund geben, damit er weiß, daß die Heerde seinem Pächter nicht gehört; sonst hat dieser Eigenthümer das Recht, vorkommenden Falls die Heerde wie das andere Mobiliar als Sicherheit für seinen Pachtzins verkaufen zu lassen. Einerlei ist es jedoch, wie diese Kundgebung vor sich geht; nur das ist eben erforderlich, daß der Eigenthümer des Pachtguts in dieser Hinsicht verständigt wird, und es ist ausgemacht, daß er, wenn er auch von dem Viehverpächter nicht benachrichtigt worden ist, doch kein Recht auf die Heerde hat, wenn er auf anderem Wege den Stand der Dinge kennen lernte. Was das Gesetz von dem Fall sagt, wo der Viehpächter im Augenblicke des Vertragsabschlusses schon Pächter des Guts eines Dritten ist, findet auch auf den Fall Anwendung, wo der Viehpächter erst nach Abschluß des Viehpachts Pächter dieses Guts wird; denn es liegt in der Natur der Sache, daß der Verpächter der Liegenschaft, bis zur Erklärung des Gegentheils, Alles das für Eigenthum seines Pächters ansieht, womit dieser bei seinem Antritt das Pachtgut ausrüstet, und eben so natürlich ist es, daß der Viehverpächter seinen Viehpächter während der Pachtdauer überwacht, und es liegt an ihm, wenn er sieht, daß derselbe ein Pachtgut übernimmt, auf das er die Heerde führt, dem Eigenthümer die nöthige Kunde zu geben (Art. 1813; Zach. l. c.).

60. — Die Dauer des Viehpachts ist die von den Betheiligten vereinbarte; wo keine Vereinbarung stattgefunden hat, setzt sie das Gesetz auf drei Jahre fest. Daraus folgt, daß, im Falle einer stillschweigenden Wiederverpachtung, der Zeitraum von drei Jahren anzunehmen ist. Dieser Satz ist zwar sehr bestritten, indem es Autoren gibt, die verschiedene entgegengesetzte Ansichten aussprechen. Die Einen wollen nämlich, die Dauer des neuen Pachts sei die des ursprünglichen, die Anderen folgen dem Ortsgebrauch, und wieder Andere setzen die Dauer auf ein Jahr; keine dieser Ansichten ist jedoch haltbar; denn der Pacht, der auf einer still-

schweigenden Wiederverpachtung beruht, ist ein Pacht ohne Vereinbarung über dessen Dauer; und das Gesetz weicht hier vom Ortsgebrauch und jeder anderen Zeitdauer ab, und bestimmt ausdrücklich, daß, beim Mangel einer Vereinbarung über die Dauer, solche drei Jahre sein solle (Art. 1815—1816, I; Zach. l. c.).

Das kann ganz füglich bedungen werden, daß der Pacht vor Ablauf von drei Jahren durch den Willen des und des Betheiligten solle aufgelöst werden können. Früher, wo diese Stipulation den anderen Theil für immer in die Willkühr des ersteren gesetzt hätte (weil es keine gesetzliche Dauer gab), und da sie auf der anderen Seite (wegen der Grundlagen der Abrechnung) für den Stipulanten (gewöhnlich den Verpächter) ein Mittel abgegeben hätte, die Heerde zu einem ihm gutdünkenden Preise zu erlangen, konnte eine solche Stipulation nicht erlaubt sein; da aber diese Nachtheile jetzt nicht mehr existiren, so war kein Grund da, die Stipulation zu verbieten und der Code hat sie auch wirklich nicht verboten (Art. 1816, II).

Das versteht sich endlich von selbst, daß der Viehpacht, wie jeder andere zweiseitige Vertrag, wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeiten des einen Theils aufgelöst werden kann; aber mit dem Tode des Pächters hört er nicht auf. Für die entgegengesetzte Ansicht kann man sich auch nicht auf die Regel berufen, die bei Gesellschaften gilt, weil solche auch die Auflösung wegen des Todes des Verpächters nach sich ziehen würde, was denn doch anerkannt unzuläßig ist. Schon früher, wo man diesem Vertrage den Character einer Miethe nicht beilegte, löste der Tod des Pächters ebensowenig auf als der des Verpächters, und um so mehr muß es bei der neuen Theorie des Code jetzt ebenso sein (Art. 1816, III, 1184, 1865).

II. Abschnitt.

Von dem halbtheiligen Viehpacht.

61. — Der halbtheilige Viehpacht führt diesen Namen darum, weil dabei jeder Theil die Hälfte des Viehbestands liefert, und unterscheidet sich von dem vorhergehenden bezüglich der Wirkungen darin: — 1. daß hier der gänzliche sowie der theilweise Verlust gemeinschaftlich getragen wird; — 2. daß man hier nicht stipuliren kann, der Verpachter soll mehr als die Hälfte an Nachwuchs und Wolle erhalten.

Abgesehen hiervon, folgt er den gleichen Regeln wie der einfache Viehpacht (Art. 1819, 1820; Zach. l. c.).

62. — Das ist hier noch zu bemerken, daß, wenn das einfach verstellte oder das halbtheilige Vieh dem Pächter oder Meier des Verpächters übergeben wird, dabei stipulirt werden kann, daß der Verpächter mehr als die Hälfte an Jungvieh und Wolle bekommen oder daß er Theil an Milch, Dünger und Arbeit haben solle.

III. Abschnitt.

Von dem Viehpacht beim Theilbau.

63. — Es ist nur eine Zubehörde des Pachts über das Landgut selbst und der Meier nimmt dabei neben der Hälfte des Hauptgewinnes auch noch die Gesammtheit der Milch, des Düngers und der Arbeit und ferner noch die Hälfte der übrigen Früchte des Gutes. — Er unterscheidet sich von dem einfachen Viehpacht mit einem fremden in drei Punkten. Man kann hier stipuliren: — 1. daß der Verpächter die Hälfte der Milch bekommen; — 2. daß er mehr als die Hälfte am Nutzen der Heerde und namentlich, daß ihm der Pächter seinen Antheil Wolle unter dem gewöhnlichen Werthe überlassen solle; — 3. daß er, wo Nichts verabredet ist, nicht auf drei Jahre, sondern auf die Dauer des Pachts abgeschlossen gilt, dessen Zubehörde er ist. — Von dem einfachen Viehpachte mit dem Meier unterscheidet er sich nur in dem letzten Punkte und befolgt im Uebrigen alle anderen Regeln des einfachen Viehpachts (Art. 1827—1830; Zach. l. c.).

IV. Abschnitt.

Von dem uneigentlichen Viehpacht.

64. — Dieser Vertrag, der streng genommen kein Viehpacht ist (weil er sich nicht auf eine Heerde als solche, auf eine Gesammtheit von Thieren bezieht), der jedoch gleich diesem etwas von der Miethe und der Gesellschaft an sich hat, hat eine oder mehrere Kühe zum Gegenstande, welche der Pächter einzustellen, zu füttern und zu warten übernimmt und deren Kälber er zugleich bis zum Alter von drei bis vier Wochen aufzieht, und von welchen Kühen er Milch und Dünger zieht, ohne an dem Verlust der Kühe betheiligt zu sein. Die Behandlung der Thiere im Falle einer Krankheit geschieht auf Kosten des Verpachters.

Wo über die Dauer des Pachts Nichts verabredet ist, da kann jeder Theil die Kühe zurücknehmen oder geben, wann es ihm beliebt, nur darf es nicht zu ungelegener Zeit geschehen (Art. 1831; Zach. l. c.).

Neunter Titel.

Von dem Gesellschaftsvertrage.

Erstes Kapitel.

Allgemeine Verfügungen.

I. Von der Natur des Gesellschaftsvertrags und seinen wesentlichen Bestandtheilen.

Die Gesellschaft ist ein Vertrag, durch welchen zwei oder mehrere Personen entweder Capitalien, oder ihre Gewerbthätigkeit, oder beide zugleich zu dem Zwecke zu Gemeingut machen, um durch ihre Vereinigung größere Vortheile zu erzielen, als der Einzelne daraus ziehen könnte.

Dieser Vertrag kann nur zu Stande kommen, wenn alle die Erfordernisse zusammentreffen, welche für die Gültigkeit eines jeden Vertrags wesentlich sind, d. h. die Einwilligung, die Fähigkeit der Betheiligten, ein erlaubter Vertragsgegenstand und eine erlaubte Vertragsursache. Hiernach ist es zwecklos, wenn Art. 1833 sagt, jede Gesellschaft muß einen erlaubten Gegenstand haben, denn diese Bestimmung finden wir schon in Art. 1108, 1128 und 1131.

Diese für jeden Vertrag wesentlichen Erfordernisse genügen noch nicht zur Bildung des Gesellschaftsvertrags; zu seinem Wesen gehört noch Folgendes:

— 1. Ein gegenseitiger Beitrag. Demnach liegt kein Gesellschaftsvertrag vor, wenn ich verspreche, einem Dritten, der weder in Geld, noch Gewerbthätigkeit etwas beiträgt, jährlich einen Theil von dem Gewinn zu geben, welchen ich bei der und der Unternehmung machen werde. Dieser Vertrag ist eine reine Schenkung und den Regeln unterworfen, welche für Schenkungen gelten.

Der Beitrag kann in Gütern, Geld oder Gewerbthätigkeit bestehen. Der Einfluß oder der Credit einer Person bildet keinen gesetzmäßigen Beitrag; die Verfasser des Code und die älteren Schriftsteller haben den Vertrag als sittenwidrig angesehen, durch welchen eine einflußreiche Person ihren Credit für Geld hingibt. Nicht einmal der Credit eines Kaufmanns kann den Beitrag abgeben; denn der Antheil eines jeden Gesellschafters an Gewinn und Verlust richtet sich nach seiner Einlage in die Gesellschaftscasse, sofern der Vertrag nichts Anderes bestimmt (Art. 1853), folglich setzt das Gesetz voraus, daß der Beitrag eines Jeden in Geld angeschlagen werden kann. Das Gesetz schätzt die Gewerbthätigkeit, indem sie dieselbe der kleinsten Geldeinlage gleichstellt (Art. 1853), aber es sagt Nichts vom Credit eines Handelsmannes; wie soll sich die Theilung mit einem Gesellschafter stellen, der nur seinen Namen beigetragen hat? Steht dieser Beitrag der kleinsten oder größten Geldeinlage gleich? Man müßte selbst ein Gesetz machen, um diese Frage zu entscheiden.

— 2. Ein gemeinschaftlicher Zweck. Das Geding, das einem Gesellschafter allen Gewinn gibt, oder dessen Einlage von aller Theilnahme am Verlust freispricht, ist nichtig und vernichtet den ganzen Vertrag. Das ist jedoch nicht nöthig, daß der Antheil eines jeden Gesellschafters auf den Heller seinem Beitrage entspricht; ein Gesellschafter, dessen Einlage der des Andern ganz gleich ist, kann diesem einen größeren Theil am Gewinne einräumen. Die Gesellschaft wurde dann von dem einen Theil in der Absicht eingegangen, dem Andern einen Vortheil zuzuwenden. Hört aber der Kauf auf, ein solcher zu sein, weil der Preis über oder unter dem wirklichen Werth der Sache steht? (Art. 1832, 1833. Zach. § 377.)

II. Von dem Beweise des Gesellschaftsvertrags.

Nach dem Wortlaute des Art. 1834 muß jeder Gesellschaftsvertrag schriftlich abgefaßt werden, wenn der Gegenstand desselben über 150 Fr. werth ist. — Der Gegenstand der Gesellschaft ist **der Gesammtbetrag der Einlagen**, unabhängig von dem Gewinn, der etwa in der Folge daraus erzielt wird. Spätere Ereignisse haben also keinen Einfluß. Steht der Betrag der Einlagen unter 150 Fr., dann ist der Zeugenbeweis sogar dann zulässig, wenn das Gesellschaftsvermögen

im Augenblick, wo ein Gesellschafter klagt, in Folge günstiger Verhältnisse auf 1000 oder 10000 Frcs. gestiegen ist. Steht er über 150 Fr., dann ist der Zeugenbeweis unzulässig, wenn auch das Gesellschaftsvermögen in Folge von Verlusten auf diese Summe herabgesunken wäre.

Der Ansicht Derer, welche behaupten, die Worte: Gegenstand der Gesellschaft müssen als Gegenstand der Klage aufgefaßt werden, welche ein Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen oder auf den Gewinn anstellt, steht Folgendes entgegen:

a. Sie widerstreitet dem Gesetzestext, welcher nicht vom Gegenstand der Klage, die ein Gesellschafter anstellt, sondern von dem Gegenstand des Gesellschaftsvertrags spricht.

b. Die Zulässigkeit des Zeugenbeweises von dem Werth-Gegenstand der Klage abhängig machen, welche Einer der Gesellschafter anstellt, heißt ihn auf künftige Ereignisse stellen, ihn Schwankungen unterwerfen, ihn heute zulassen und morgen verwerfen; mit einem Worte, das Gesetz hält sich an den Werth, welchen der Gegenstand des Vertrags bei Abschluß desselben hat, um zu bestimmen, ob die Betheiligten eine Urkunde aufnehmen müssen oder nicht.

Wird der Vertrag in Privaturkunde aufgenommen, dann müssen so viele Urschriften gefertigt werden, als es Betheiligte mit verschiedenem Interesse gibt und es muß darin die Beobachtung dieser Förmlichkeit erwähnt werden; der Gesellschaftsvertrag ist nämlich ein synallagmatischer (Art. 1325).

Wenn das Gesetz ausdrücklich sagt, daß der Vertrag schriftlich gemacht werden muß, wenn sein Gegenstand 150 Fr. übersteigt, so will es nicht dessen Bestand von dieser Bedingung abhängig machen; die Schriftlichkeit wird nicht ad solennitatem, sondern ad probationem gefordert. Die Gesellschaft ist ein reiner Consensualvertrag und kann auch über die gesetzliche Summe hinaus durch Zeugen bewiesen werden, wenn der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist (Art. 1347); oder die Betheiligten sich keinen schriftlichen Beweis verschaffen konnten oder wenn sie die Urkunde verloren haben (Art. 1348); endlich bleibt, wenn Zeugen- oder Urkundenbeweis wegfallen, immer noch der Eid.

Es sollte scheinen, als ob es überflüssig war, hier die allgemeine Regel des Art. 1341 zu wiederholen. Wahrscheinlich wurde der Gesetzgeber veranlaßt, sich darüber ausdrücklich auszusprechen, eines Theils, um den Unterschied von den Handelsgesell-

schaften schärfer hervorzuheben, welche immer, auch bei einem Gegenstande unter 150 Fr., schriftlich beurkundet werden müssen (Art. 39 und 40 C. com.) und andern Theils, um den stillschweigenden Gesellschaften ein Ende zu machen. Eine solche war die, welche sich ohne Schrift oder ausdrückliche Erklärung unter Personen bildete, die Jahr und Tag gemeinschaftlich mit einander gewohnt und gelebt haben.

Die bürgerlichen Gesellschaften können Dritten entgegengehalten werden, wenn sie ein sicheres Datum haben, während Handelsgesellschaften nur in so weit entgegengehalten werden können, als sie offenkundig gemacht worden sind (Art. 42 C. d. c.).

Dritte können das Bestehen der Gesellschaft durch jedes Mittel beweisen, denn ihnen kann der Mangel einer Urkunde nicht zur Last gelegt werden (Art. 1834. Zach., § 378).

III. Von der Gesellschaft als juristischer Person.

Die Frage, ob die Gesellschaft eine juristische Person ist, die Rechte und Verbindlichkeiten gesondert von den Rechten und Verbindlichkeiten eines jeden Gesellschafters hat, ist von der größten Wichtigkeit, denn wenn dem so ist:

— 1. Sind die Güter, welche das Vermögen der Gesellschaft bilden, ausschließliches Unterpfand der Gesellschaftsgläubiger, als welche folglich mit Vorzug vor den persönlichen Gläubigern eines jeden Gesellschafters daraus bezahlt werden, — während im umgekehrten Falle, wenn die Gesellschaft keine bürgerliche Person ist, das Gesellschaftsvermögen, als jedem Gesellschafter gehörend, das gemeinschaftliche Unterpfand der Gläubiger der Gesellschaft, wie der persönlichen der Gesellschafter bildet m. a. W.: es greifen die Gläubiger der Gesellschaft und die persönlichen Gläubiger jedes Gesellschafters zusammen auf das Gesellschaftsvermögen.

— 2. Ist sie eine juristische Person, dann kann kein Gesellschafter das, was er einem Gesellschaftsschuldner für sich schuldet, mit dem wettschlagen, was ihm an der Forderung der Gesellschaft an diesen Schuldner zu Gut kommt; — während im umgekehrten Falle, also wenn die Gesellschaft keine juristische Person ist, eine Wettschlagung stattfindet, weil dann die Gesellschaftsforderung sofort jedem Gesellschafter für seinen Antheil gehört.

— 3. Das Recht der Gesellschaft ist, wie Art. 529 sagt, ein bewegliches, so lange die Gesellschaft dauert, wenn auch deren

Vermögen Liegenschaften in sich begreift, denn hier gehört das Vermögen der Gesellschaft und nicht den Gesellschaftern, deren Recht während der Dauer der Gesellschaft nur darin besteht, daß sie ihre Gewinne zu ziehen haben und diese sind bewegliches Gut.

Hat die Gesellschaft nicht Personeneigenschaft und besteht deren Vermögen aus Fahrnissen und Liegenschaften, dann wird die Natur des Rechts eines jeden Gesellschafters erst durch die Theilung bei der Auflösung der Gesellschaft bekannt, denn dieses Vermögen gehört jedem Gesellschafter zwar sofort, aber ungetheilt. Dasselbe fällt nur dann in die Gütergemeinschaft, wenn der Gegenstand in Fahrnissen besteht; während im ersten Falle das Klagerecht eines jeden Gesellschafters, der sich vor Auflösung der Gesellschaft verheirathet, in die Gemeinschaft fällt.

Die Handelsgesellschaften gelten allgemein für moralische Personen. Diese Ansicht rechtfertigt sich aus Art. 529, der sagt, daß das Recht eines Handelsgesellschafters während der Dauer der Gesellschaft ein fahrendes ist, wenn diese auch Liegenschaften umfaßt und aus Art. 23, 30, 39—45 C. de com.

Bezüglich der bürgerlichen Gesellschaften ist die Frage bestritten.

Ein Theil leitet die Persönlichkeit der bürgerlichen Gesellschaften aus Art. 1860 und 1848 ab.

Aus Art. 1860 folgert man: Die Gesellschaft wurde im älteren Rechte durchaus nicht als eine moralische, von der der Gesellschafter getrennte Person, betrachtet. Das Eigenthum an den Gemeinschaftsgütern ruhte auf dem Kopf eines jeden Gesellschafters, ein Jeder für sich hatte daran das Miteigenthum nach Verhältniß seiner Einlagen. Darum hatte auch ein Jeder das Recht und die Gewalt, dieselben in den Grenzen seines Antheils zu veräußern oder zu verpfänden. Nach Art. 1860 nun kann der Gesellschafter, welcher nicht Verwalter ist, Sachen, die der Gesellschaft gehören, nicht einmal für seinen Antheil veräußern oder verpflichten; man ist hierin also von dem früheren Rechte abgegangen; man legt also der Gesellschaft einen ganz neuen Charakter bei, nämlich den als alleinige Eigenthümerin des Gesellschaftsvermögens. Man wollte also die Gesellschaftsinteressen absondern und sie von Handlungen der Gesellschafter unabhängig machen, d. h. man wollte eine moralische Person schaffen.

Diese Auslegung findet ihre Bekräftigung in Art 1848. Wenn ein Gesellschafter für seine besondere Rechnung eine fällige Schuld an Jemanden zu fordern hat, der an die Gesellschaft eine ebenfalls fällige Summe schuldet, dann muß er das, was ihm dieser Schuldner bezahlt, nach Verhältniß der beiderseitigen Forderungsbeträge auf sein und der Gesellschaft Guthaben aufrechnen. So lautet das Gesetz. Wenn nun im vorliegenden Falle die Gesellschaftsforderung den Gesellschaftern als Einzelnpersonen jedem für seinen Antheil gehören würde, statt ausschließlich der Gesellschaft als einem moralischen Wesen, dann hätte der Gesellschafter das Recht, von der empfangenen Summe nicht allein den seiner eigenen Forderung entsprechenden Betrag, sondern auch noch den Antheil zu behalten, welchen es ihn an der Gesellschaftsforderung trifft. Dafür, daß die Gesellschaft eine moralische Person ist, spricht noch, daß sie in mehreren Artikeln den Gesellschaftern gegenüber als Schuldnerin und Gläubigerin dargestellt wird. Dazu muß man berücksichtigen, daß die Persönlichkeit der Gesellschaft gewissermaßen eine nothwendige Voraussetzung für ihren Erfolg ist; denn es ist leicht einzusehen, daß, wenn die Gesellschaftsgläubiger nur das Recht hätten, nach Verhältniß mit den persönlichen Gläubigern der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen zu greifen, die Creditlosigkeit der Gesellschafter auch den Credit der Gesellschaft niederdrücken würde; während, wenn das Gesellschaftsvermögen ausschließlich den Gesellschaftsgläubigern haftet, die Insolvenz des einen oder andern Gesellschafters das Vertrauen Dritter nicht erschüttern wird. Der Credit der Gesellschaft wird dadurch kaum berührt werden.

Andere folgern aus Art. 529 a contrario. Wenn gesagt ist, daß selbst in dem Falle, wo das Gesellschaftsvermögen ausschließlich aus Liegenschaften zusammengesetzt ist, die Rechte der Gesellschafter fahrende sind, so lange die Gesellschaft dauert, so hat der Artikel die Gesellschaften, von denen er spricht, allerdings zu Personen gemacht; aber er hat nur die Handelsgesellschaften im Auge: die bürgerlichen Gesellschaften sind nicht in der gleichen Lage.

Die Gründe, welche die Andern aus Art. 1860 und 1848 ableiten, werden dahin beantwortet: die Regeln, für welche diese Gesetzesstellen gegeben sind, lassen sich ohne Hülfe der Persönlichkeit erklären und rechtfertigen, folglich beweisen sie hier nichts. Wenn

den nicht verwaltenden Gesellschaftern untersagt ist, über die Gesellschaftsgüter zu verfügen, und wäre es auch nur über ihren Antheil, so geschieht dies nur aus dem Grunde, welcher sich aus der Natur der unter den Gesellschaftern bestehenden Verbindung ergibt. Sie haben beliebt, ihre Interesse zu vereinigen, solche sich gegenseitig unterzuordnen und folglich der Einzelne sich jeder Handlung zu enthalten, die dem Gemein-Interesse schaden könnte. Diese Verpflichtung ließe sich nicht damit in Einklang bringen, daß der einzelne Gesellschafter über seinen Antheil an den Gemeinschaftsgütern verfügen und damit auf einen Dritten das Recht übertragen darf, sich in die Gesellschaftsangelegenheiten zu mischen, oder jeden Augenblick die Theilung der Gegenstände zu fordern, an welchen er etwa einen Theil erworben hat. Daraus fließt das Verbot des Art. 1860.

Wenn ferner ein Gesellschafter als persönlicher Gläubiger eines Schuldners der Gesellschaft von der empfangenen Summe nur einen Theil behalten darf, der seiner Forderung entspricht, wenn er den die Gesellschaftsforderung treffenden Betrag ganz in die Gesellschaftscasse einwerfen muß, so geschieht das darum, weil das gemeinschaftliche Interesse geschädigt und der Lauf der Gesellschaftsangelegenheiten gehemmt würde, wenn man jeden Augenblick einen Theil der Summen an sich ziehen könnte, welche die Gesellschaft ohne großen Schaden nicht mangeln kann (Art. 1848).

Zwar wird in verschiedenen Artikeln jeder Gesellschafter als Schuldner und Gläubiger der Gesellschaft gegenüber aufgeführt (Art. 1845 und 1852), aber es ist leicht ersichtlich, daß das Wort Gesellschaft hier gebraucht ist, um eine Vereinigung gemeinschaftlicher Interessen zu bezeichnen. Endlich fällt noch in die Wagschale, daß es zu großen Unzuträglichkeiten führen würde, den Gesellschaftern zu erlauben, eine neue Person zu schaffen oder aufzuheben, von deren Dasein nichts dem Publicum Kenntniß gibt. (Zach. § 383.)

IV. Unterschied zwischen der Gesellschaft und dem Quasicontract der Gütergemeinschaft.

Eine Gütergemeinschaft kann unter mehreren Personen ohne vorherige Verabredung, mithin ohne Gesellschaftsvertrag, z. B. dann eintreten, wenn eine Erbschaft anerfällt oder wenn ein Legat mehreren Personen zusammen gemacht wird. Hier haben wir den

Quasicontract der Gütergemeinschaft, der ähnliche Verbindlichkeiten wie der Gesellschaftsvertrag in seinem Gefolge hat, von diesem aber sich darin unterscheidet:

— 1. Die Gütergemeinschaft aus einem Quasicontract ist ein Zustand der Dinge, der dem allgemeinen Interesse widerstreitet; denn auf der einen Seite werden die Sachen dadurch außer Verkehr gesetzt, weil keiner der Eigenthümer sie veräußern darf, und auf der andern Seite kommen sie dadurch in Nachtheil, daß die Miteigenthümer nicht das Geeignete bezüglich der Verwaltung angeordnet haben. Das Gesetz verbietet deshalb auch jede Uebereinkunft, wornach sich die Erben verpflichten, länger als fünf Jahre in ungetheilter Gemeinschaft zu bleiben (Art. 815). — Mit der Gesellschaft ist das Gegentheil der Fall. Sie ist dem allgemeinen Interesse günstig; denn bei ihr ist Alles darauf eingerichtet, aus dem gemeinschaftlichen Vermögen den größtmöglichen Nutzen zu ziehen; auch kann sie auf jede beliebige Zeitdauer abgeschlossen werden.

— 2. Die Gütergemeinschaft endet nicht durch den Tod eines Miteigenthümers; der Erbe tritt an des Verstorbenen Stelle, — die Gesellschaft dagegen ist intuitu personae abgeschlossen und endet mit dem Tode eines Gesellschafters, sofern nicht das Gegentheil ausdrücklich bedungen ist (Art. 1868).

3. Ein Erbe kann seine Stelle in der Gütergemeinschaft cediren, mag er seinen Antheil verschenken oder ihn titulo oneroso abgeben, vorbehaltlich des Rechts der Erben, im letzteren Falle den Cessionar gegen Ersatz des Erwerbpreises zu beseitigen (Art. 841). — Ein Gesellschafter kann sich nicht von der Gesellschaft zurückziehen und einen Andern dafür einstellen (Art. 1861).

Zweites Kapitel.

Von den verschiedenen Arten der Gesellschaften.

Die Gesellschaften sind entweder allgemeine oder besondere und jene umfassen entweder alle gegenwärtigen Güter oder allen Gewinn oder beide zusammen (Art. 1835 und 1836).

I. Von dem Vermögen.

1. Der allgemeinen Gesellschaft aller gegenwärtigen Güter.

Nach dem römischen und dem älteren französischen Rechte konnte diese Gesellschaft auch alle künftigen Güter umfassen, mochten

diese nun durch Erbgang, Schenkung oder Vermächtniß erworben werden, — eine Gesellschaftsart, die heute nur noch unter Ehegatten zulässig ist (Art. 1837 und 1526), während andere Personen die auf diese Weise erworbenen Güter nur dem Genuß, nie dem Eigenthum nach einwerfen können und eine entgegengesetzte Bestimmung würde den Vertrag selbst nichtig machen (Zach. § 379³. Tropl. Nr. 276). Bei diesem Verbot der societas bonorum universorum wurde der Gesetzgeber durch folgende Rücksichten geleitet:

— 1. Kann eine derartige Gesellschaft nie in vollständiger Kenntniß der Verhältnisse abgeschlossen werden, weil der Beitrag des Gesellschafters, so weit es die künftig durch Erbschaft, Schenkung oder Vermächtniß zu erwerbenden Güter anbelangt, ganz ungewiß bleiben müßte;

— 2. Wäre ein derartiger Gesellschaftsvertrag ein zu leichtes Mittel, indirect Schenkungen mit künftigen Gütern zu machen, die das Gesetz verbietet (Art. 943), sofern sie nicht zu Gunsten einer Ehe (Art. 1082) oder unter Ehegatten gemacht werden (Art. 1093).

Hiernach besteht das Vermögen der Gesellschaft in den Fahrnissen und Liegenschaften, wovon die Gesellschafter beim Vertragsabschlusse Eigenthümer waren und in denen, die sie später während der Gesellschaftsdauer aus einem Rechtsgrunde erwerben, der älter als der Vertragsabschluß ist; endlich aus denen, die sie für ein Gemeinschaftsgut eintauschen. Die Betheiligten können auch die Güter zu Eigenthum einwerfen, die sie anders als durch Schenkung und Vermächtniß erhalten und den Genuß derer, die sie auf diese Weise erwerben (Art. 1837. Zach. § 379).

2. Der allgemeinen Gewerbsgesellschaften.

Das Vermögen der societas universorum quae ex quaestu veniunt umfaßt:

I. Zu vollem Eigenthum.

— 1. Die Fahrnisse, welche die Gesellschafter bei Bildung der Gesellschaft zu Eigenthum besitzen, und die, welche sie aus einer dem Vertragsabschlusse vorgehenden Ursache in der Folge erwerben.

— 2. Die Güter, die sie während der Gesellschaftsdauer durch ihre Gewerbthätigkeit erwerben.

II. Nur zum Genusse:

— 1. Die Liegenschaften, die sie beim Vertragsabschlusse im Eigenthum haben und die sie später aus einem früheren Rechtsgrunde erwerben;

— 2. Die Güter, die sie auf anderem Wege als dem ihrer Gewerbsthätigkeit, z. B. durch Schenkung oder Erbschaft, erwerben.

Es ist also Alles gemeinschaftlich außer das nackte Eigenthum an den gegenwärtigen Liegenschaften und den später durch Zufall, Erbschaft, Schenkung oder Vermächtniß erworbenen Gütern. Diese Gesellschaftsart ist die im Gesetze bevorzugtere und sie gilt für abgeschlossen, wenn die Betheiligten nur von einer allgemeinen Gesellschaft ohne weiteren Beisatz sprechen (Art. 1838, 1839. Zach. § 379).

II. Von den Schulden.

1. Der allgemeinen Gesellschaft aller gegenwärtigen Güter.

So wie die Gesellschaft das Eigenthum aller gegenwärtigen Fahrnisse und Liegenschaften erhält, so muß sie auch alle gegenwärtigen Schulden ohne Unterschied, in Grundstock und Zinsen übernehmen nach dem Grundsatze bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno.

Von künftigen Schulden muß sie die tragen, welche zu dem Zwecke gemacht werden, um ihr einen Vortheil zu verschaffen. Dahin gehören die, welche im Einverständnisse sämmtlicher Gesellschafter oder von nur einem derselben, aber in den Grenzen seiner Befugnisse gemacht werden. Für andere haftet sie nur bis zum Belaufe ihrer Bereicherung daraus. Reparaturen an einem Gemeinschaftsgut trägt die Gesellschaft; hat dagegen diese nur den Genuß, dann fallen auf sie nur die Unterhaltungsreparaturen, während der Gesellschafter — Eigenthümer die Hauptausbesserungen machen lassen muß.

Die Kosten für den Unterhalt, die Ernährung und Erziehung der Gesellschafter und deren Kinder sind Lasten, die auf dem Ertrag der Güter ruhen und die Gesellschaft muß sie ganz tragen, wenn sie alle Güter des betreffenden Gesellschafters zu genießen und ein Recht auf allen Gewinn hat, den er etwa macht, andern Falls muß dieser die Last allein tragen, wenn seine eigenen Mittel dazu ausreichen; reichen sie nicht, dann hat die Gesellschaft das Fehlende zuzuschießen.

Für Schulden aus Vergehen haftet die Gesellschaft in solidum, wenn die Gesellschafter von dem Vergehen in Kenntniß gesetzt, die Werthe daraus wissentlich in die gemeinschaftliche Casse haben fließen lassen, denn hier ist eine Art von Mitschuld vorhanden. Bekam die Casse diesen Zuschuß ohne ihr Wissen, dann haftet die Gesellschaft nur bis zum Belauf des gezogenen Vortheils (Zach. § 379, 383).

2. Der allgemeinen Erwerbsgesellschaften.

Bezüglich der künftigen Schulden gilt hier ganz das Nämliche, was wir im vorigen Abschnitte gesagt haben.

Die Schulden, die älter sind als die Gesellschaft, werden Fahrniß- wie Liegenschaftsschulden von dieser in dem Verhältniß getragen, in welchem das eingebrachte Vermögen zu dem steht, welches der Gesellschafter behält.

Ein Gesellschafter hat z. B. 80,000 fl. in Fahrnissen, 20,000 fl. in Liegenschaften und 25,000 fl. Schulden. Er bringt also mit den Fahrnissen 4/5 seines Vermögens ein und somit auch den gleichen Theil seiner Schulden, behält also von diesen noch 1/5, von dem die Gesellschaft die Zinsen zahlen muß, weil sie den entsprechenden Theil des Vermögens im Genuß hat. Wenn unser Gesetz, bezüglich der gesetzlichen Gütergemeinschaft, die Regel aufstellt: die Fahrnißschulden gehen mit dem Fahrnißvermögen, die Liegenschaftsschulden mit dem Liegenschaftsvermögen, so ist dies unbillig, denn es kann da vorkommen, daß ein Gatte alle seine Schulden einbringt und sein ganzes Vermögen behält, während bei dem Anderen das gerade Gegentheil stattfindet. Wir wenden deshalb hier die Regel an, die auch bezüglich der während der Ehe angefallenen Erbschaften gilt, nämlich die Regel: wo das Vermögen hin kommt, da gehören auch die Schulden hin.

III. Von den Personen, unter denen eine allgemeine Gesellschaft abgeschlossen werden kann.

Ausgeschlossen sind die Personen, die unfähig sind, sich gegenseitig zu beschenken; also der Vater und sein im Ehebruch erzeugtes Kind (Art. 908 und 762) und der Arzt und der Patient im Falle des Art. 909.

Ferner sind die Personen ausgeschlossen, denen es verboten ist, sich zum Nachtheile Dritter zu begünstigen. Dieser Theil des Art. 1840 hat zwei Ansichten zu Tage gefördert:

Erste Ansicht: Art. 1840 enthält zwei Verbote. Eine allgemeine Gesellschaft kann nicht stattfinden: a. zwischen Personen, die nicht fähig sind, sich gegenseitig zu beschenken (zwischen Vater und dem adulterinus); b. zwischen Personen, denen es verboten ist, sich zum Nachtheile Dritter zu begünstigen, d. h. unter solchen, die Vorbehaltserben haben. Das muß wohl so sein, denn sonst würden die Worte: denen es verboten ist, sich zum Nachtheile Dritter zu begünstigen, dem ersten Verbot nichts beifügen, d. h., sie wären eine unnöthige Wiederholung. — Hier bleibt die Gesellschaft in der Schwebe bis zum Ableben des einen Gesellschafters, denn dann erst kann man wissen, ob er Vorbehaltserben, d. h. Kinder oder Ahnen hinterläßt. Ist dies der Fall, dann ist die Gesellschaft nichtig, sonst ist sie giltig.

Zweite Ansicht: In den Worten: denen es verboten ist 2c. liegt kein zweites Verbot, es ist eine der überflüssigen Stellen, deren man mehrere im Code findet. Das Gesetz konnte die Giltigkeit der Gesellschaft nicht von so ungewissen Ereignissen abhängig machen und sie bis zum Ableben eines Gesellschafters in der Schwebe halten. Hiernach ist die allgemeine Gesellschaft unter Personen, deren Eine mit Hinterlassung von Vorbehaltserben stirbt, keine nichtige; aber der Vortheil, der für die anderen Gesellschafter daraus fließt, ist der Minderung unterworfen (Art. 1840. Zach. § 379, Note 9).

IV. Von den besonderen Gesellschaften.

Eine besondere Gesellschaft ist diejenige, in welcher mehrere Personen das Eigenthum, den Genuß oder Gebrauch gewisser einzelner Gegenstände zusammenwerfen oder sich zur Ausbeutung eines Unternehmens oder zum Betrieb eines oder mehrerer Gewerbe vereinigen (Art. 1841, 1842. Zach. § 379).

Drittes Kapitel.

Vom Anfange und der Dauer der Gesellschaft.

Die Betheiligten können bestimmen, daß die Gesellschaft mit einem bestimmten Zeitpunkte oder (als bedingte) mit dem Eintreten eines ungewissen Ereignisses beginnen solle: societas coiri potest vel ex tempore, vel sub conditione. Fehlt in dieser Hinsicht ein besonderes Uebereinkommen, dann beginnt sie mit dem Tage des Vertragsabschlusses.

Auch bezüglich der Dauer können für das Ende die gleichen Zeitpunkte festgesetzt werden. Ist dies nicht geschehen, dann nimmt das Gesetz an, die Gesellschaft solle dauern, bis ein Gesellschafter stirbt (vorbehaltlich des Kündigungsrechts) oder bis das Geschäft beendigt ist, das sie zum Gegenstande hat (Art. 1843, 1844 und 1865. Zach. § 377 und 384).

Viertes Kapitel.

Von den Verbindlichkeiten des einzelnen Gesellschafters der Gesellschaft und dieser dem einzelnen Gesellschafter gegenüber.

I. Von den Verbindlichkeiten des einzelnen Gesellschafters gegen die Gesellschaft.

I. Jeder Gesellschafter muß seine Einlage in der vertragsmäßigen Zeit machen.

1. Besteht das Einbringen in einem bestimmten Gegenstande, dann sind folgende Fälle in's Auge zu fassen:

— a. Hat der Gesellschafter das Eigenthum versprochen, dann steht er gegen die Gesellschaft ungefähr im gleichen Verhältniß, wie der Verkäufer zum Käufer. Der versprochene Gegenstand fällt mit dem Vertragsabschluß sammt seinen Früchten in das Eigenthum der Gesellschaft, ohne daß es einer Uebergabe bedarf; von diesem Tage an hat sie die Gefahr zu tragen; sie erleidet den Verlust, wenn die Sache durch Zufall, wäre es auch vor der Ueberlieferung, zu Grunde geht. Der Gesellschafter, den der Verlust der Sache von der Lieferungsverbindlichkeit befreit hat, theilt dennoch die Vortheile der Gesellschaft und diese bleibt bestehen, mag der zufällige Verlust vor oder nach der Ueberlieferung eintreten. War der Gesellschafter im Verzuge, dann hat er den Verlust zu tragen, sofern er nicht beweist, daß sie ebenfalls zu Grunde gegangen wäre, wenn er sie überliefert gehabt hätte.

Der Gesellschafter haftet gleich dem Verkäufer für Entwährung und die verborgenen Mängel, welche die Sache zu dem bestimmten Gebrauche untauglich machen. Im Falle der Entwährung können die anderen Gesellschafter entweder die Auflösung des Vertrags und Entschädigung, oder dessen Aufrechthaltung und Lieferung einer anderen Sache verlangen (Art. 1845. Zach. § 380).

— b. Hat der Gesellschafter nur das Genußrecht an einem bestimmten Gegenstande zugesagt, dann gelten die gleichen Regeln wie im vorigen Falle. Wenn die Sache dem Gesellschafter gehört und fehlerfrei ist, dann ist dieser durch die Hingabe von seinen Verbindlichkeiten befreit; geht sie durch Zufall zu Grunde, dann verliert die Gesellschaft die Nutznießung und der Gesellschafter sein Eigenthum. Dies ist der Sinn des Art. 1851, wenn er sagt, die Sachen, die blos zum Genuß eingebracht sind, stehen auf Gefahr des Eigenthümers; wenn sie zu Grunde gehen, so hat sie die Gesellschaft, das bestimmte Stück, wovon sie Nutznießerin war, nicht mehr zurückzugeben; aber insofern sind sie auch auf Gefahr der Gesellschaft, als diese sich mit dem Verlust des Nutznießungsrechtes nicht auflöst.

Mit dem Genußrechte erwirbt die Gesellschaft oft das volle Eigenthum mit der Verpflichtung, bei der Auflösung ähnliche Dinge oder den Schätzungswerth an den Gesellschafter zu ersetzen, ohne Unterschied zwischen Sachen, die durch den Genuß aufgebraucht werden und solchen, die ohne diesen mit der Zeit ihren Werth verlieren oder an sich zum Verkaufe bestimmt sind oder geschätzt wurden. Es kommt hier nicht darauf an, ob die Sache zu Grunde gegangen ist oder nicht. Denn die Gesellschaft schuldet nicht das Stück, sondern die Gattung und Gattungen gehen nicht zu Grunde (Art. 1851. Zach. § 385).

c. Der Gesellschafter verspricht den Genuß einer bestimmten Sache zu verschaffen. — Hier steht er zur Gesellschaft in dem gleichen Verhältniß, wie ein Verpächter zu dem Pächter. Mit der Uebergabe allein hört seine Verbindlichkeit noch nicht auf, er muß während der ganzen Gesellschaftsdauer für den Genuß sorgen; seine Einlage ist kein Beitrag, der auf einmal bewirkt werden kann; sein Beibringen besteht darin, daß er der Gesellschaft den Genuß der bestimmten Sache Tag für Tag verschafft. Geht die Sache vor der Ueberlieferung zu Grunde, dann hat er seinen Beitrag nicht geleistet und die Gesellschaft kommt nicht zu Stande. Ist dies später der Fall, dann löst sich die Gesellschaft wegen des Untergangs der Sache auf, denn der Gesellschafter kann den Genuß für die Zukunft nicht mehr verschaffen. Auf der anderen Seite braucht ihn die Gesellschaft nicht für diesen Verlust zu entschädigen, denn als Schuldnerin eines bestimmten Gegenstands ist sie mit dessen Untergange frei. — Der Gesellschafter

haftet für Entwährung und hat alle Ausbesserungen zu besorgen (Art. 1719).

2. Besteht das Beibringen in einer Menge, z. B. so und so viel Getreide oder Wein, dann kommt der Untergang vor der Ueberlieferung gar nicht in Frage, denn es gehen keine bestimmten Gegenstände zu Grunde.

Die Gesellschaft wird durch die Ueberlieferung Eigenthümerin und als solche hat sie den späteren Untergang zu tragen. Dagegen haftet der Gesellschafter für Entwährung und die verborgenen Mängel, welche die Sache zu ihrem bestimmten Gebrauche untauglich machen.

3. Die Einlage besteht in einer Summe Geldes. Unser Gesetz stellt hier zwei Abweichungen vom gemeinen Rechte auf: — a. Der Gesellschafter, der eine Summe Geldes schuldet, muß dieselbe kraft Gesetzes von dem Tage an verzinsen, wo er sie hätte einwerfen sollen, während ein gewöhnlicher Schuldner, abgesehen von einer ausdrücklichen Stipulation, erst vom Tage der gerichtlichen Anforderung an zu verzinsen hat (Art. 1153). — b. Ein säumiger Schuldner zahlt als Entschädigung nur 5 % vom Tage der gerichtlichen Anforderung an, der durch seinen Verzug veranlaßte Schaden mag so groß sein, als er will (Art. 1153); — während der Gesellschafter eine Entschädigung leisten muß, die dem erlittenen Verluste und dem entgangenen Gewinne gleichkommt. Diese doppelte Abweichung beruht auf der Natur des Gesellschaftsvertrags: man schließt eine Gesellschaft, um Vortheile zu ziehen, die den gewöhnlichen Zinsfuß übersteigen und das Ausbleiben einer Summe kann das Entgehen namhafter Vortheile zur Folge haben.

Was hier von den Summen gesagt ist, die nicht in Zeiten eingebracht werden, gilt (sowohl bezüglich der Verzinsung, als der etwaigen Entschädigung) auch von den Summen, die der Gesellschafter für seinen eigenen Gebrauch aus der Gesellschaftscasse erhoben hat (Art. 1846. Zach. § 380).

4. Die Einlage besteht in der Gewerbthätigkeit — Der Gesellschafter muß der Gesellschaft allen den Gewinn verrechnen, welchen er durch die Art Gewerbthätigkeit gemacht hat, die Gegenstand der Gesellschaft ist. Thut sich z. B. eine besondere Gesellschaft zusammen, um Häuser zu bauen, dann behält der Gesellschafter den Gewinn für sich, den er vielleicht als Hausvermiether zieht. Jedoch muß er die Gesell-

schaft entschädigen, wenn er die einschlägigen Geschäfte durch anderweite Arbeiten versäumt.

Dieses Einbringen geht Tag für Tag fort und ist erst mit dem Ende der Gesellschaft vollständig geleistet, während bei Einlage einer bestimmten Sache die Verbindlichkeit sofort erfüllt ist (Art. 1847. Zach. 380).

II. Jeder Gesellschafter muß auf den Vortheil der Gesellschaft wie auf seinen eigenen bedacht sein. — Das Gesetz trifft hier folgende Verfügungen:

— 1. Wenn ein Gesellschafter für seine besondere Rechnung eine Summe Geldes bei einer Person ausstehen hat, die zugleich Schuldnerin der Gesellschaft ist und beide Posten sind fällig, dann muß der Gesellschafter den ihm bezahlten Betrag nach dem Verhältniß beider Forderungen verrechnen. Hat er z. B. 2000 fl. und die Gesellschaft 1000 fl. zu fordern und es werden 600 fl. bezahlt, so fallen auf seinen Antheil 400 fl. und auf den der Gesellschaft 200 fl., mag er auch die ganze Zahlung in der Quittung auf seine eigene Forderung abgerechnet haben. Hat der Gesellschafter dagegen die ganze Zahlung der Gesellschaft verrechnet, dann bleibt es dabei, denn der Gesellschaft Vortheil soll ihm mindestens gleich hoch stehen als der seinige.

Hier ist noch zu bemerken:

a. Die Aufrechnung zu Gunsten des Gesellschafters allein bleibt, was das Verhältniß zwischen Schuldner und Gesellschafter betrifft, bestehen und kann nur im Interesse der Gesellschaft abgeändert werden.

b. Wurde die Zahlung durch den Schuldner selbst ganz von der Forderung des Gesellschafters dadurch abgerechnet, daß die Bestimmung des Art. 1253 angewendet wurde, dann bleibt es sogar der Gesellschaft gegenüber bei der Abrechnung. Der Gesellschafter ist hier zur Annahme gezwungen, er zieht nicht sein Interesse dem der Gesellschaft vor, sofern er nicht arglistig handelt.

c. Schweigt die Quittung über die Aufrechnung, dann wird sie nicht verhältnißmäßig auf die beiden Forderungen, sondern auf die Forderung gemacht, an deren Tilgung dem Schuldner am Meisten gelegen sein muß. Ist z. B. die Forderung des Gesellschafters wegen drohenden persönlichen Verhafts dem Schuldner drückender, als die andere, dann wird die ganze Zahlung auf sie

abgerechnet und die Abrechnung bleibt auch der Gesellschaft gegenüber bestehen, denn das Gesetz und nicht der Gesellschafter macht sie.

Ist die Forderung der Gesellschaft die drückendere, dann wird natürlich auf diese abgerechnet (Art. 1848, 1256. Zach. § 380).

2. Hat ein Gesellschafter seinen ganzen Antheil an der Gesellschaftsforderung erhalten und der Schuldner wird später zahlungsunfähig, dann muß er das Empfangene in die gemeinschaftliche Masse einwerfen, wenn er auch ausdrücklich nur für seinen Theil quittirt hat.

Der Gesellschafter braucht Nichts einzuwerfen, wenn ihn der Schuldner in noch zahlungsfähigem Zustande gezwungen hat, die Zahlung anzunehmen, oder wenn Wettschlagung zwischen ihnen eingetreten ist; denn in beiden Fällen kann ihm kein Vorwurf gemacht werden. (Art. 1849. Zach. l. c.)

III. Jeder Gesellschafter haftet für den Schaden, den er durch sein Verschulden der Gesellschaft verursacht, ohne damit die Vortheile wettschlagen zu können, welche er ihr bei andern Gelegenheiten verschafft hat. — Hier stehen sich keine zwei Personen gegenüber, die sich gegenseitig schuldig sind; denn wenn er auch als entschädigungspflichtig Schuldner der Gesellschaft ist, so ist er doch bezüglich der derselben zugewendeten Vortheile nicht deren Gläubiger, sondern nur ein Gesellschafter, der das gethan, was die Gesellschaft von ihm fordern konnte. (Art. 1850. Zach. l. c.)

II. Von den Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegen den einzelnen Gesellschafter.

1. Die Gesellschaft haftet für jede Einlage, von der sie nur den Genuß hatte.

2. Sie muß die Summen ersetzen, welche ein Gesellschafter im guten Glauben für sie ausgegeben hat.

Wurden die Auslagen von dem Gesellschafter-Geschäftsführer gemacht, dann gebühren ihm kraft Gesetzes die Zinsen von dem Tage der gemachten Auslage an, denn er ist ein Gewalthaber und hat als solcher diesen Zinsanspruch (Art. 2001).

Das Gleiche muß man auch von dem Gesellschafter sagen, der nicht Geschäftsführer ist, denn jeder Gesellschafter hat von den

Anderen den stillschweigenden Auftrag, das zu thun, was das gemeinsame Beste erheischt (Art. 1859[1]. Zach. § 382).

3. Sie muß jeden Gesellschafter für die Verbindlichkeiten entschädigen, die er bona fide im gemeinsamen Interesse eingegangen hat, wenn sie auch nicht zum Vortheil der Gesellschaft ausgefallen sind.

4. Sie muß ihn für die Verluste entschädigen, die er durch die von der Geschäftsführung unzertrennlichen Gefahren erlitten hat.

Natürlich darf hier dem Gesellschafter kein Verschulden zur Last fallen, denn sonst ist der Schaden keine nothwendige und von seiner Geschäftsführung unzertrennliche Folge mehr. Ein Gesellschafter z. B. unternimmt eine Geschäftsreise, zu der er 10,000 fl. braucht, steckt aber 20,000 fl. zu sich, die ihm von Straßenräubern genommen werden: hier schuldet die Gesellschaft nur 10,000 fl., denn die anderen 10,000 fl. sind nicht in Folge der mit der Geschäftsführung unzertrennlich verbundenen Gefahren verloren gegangen, — er hätte sie zu Hause lassen können.

Die Verbindlichkeiten, welche die Gesellschaft gegen einen Gesellschafter hat, vertheilen sich unter alle Gesellschafter und Jeder haftet für seinen Theil. Ist einer zahlungsunfähig, dann wird dessen Theil auf die anderen Zahlungsfähigen und den betreibenden Gesellschafter umgelegt (Art. 1852. Zach. § 381).

Fünftes Kapitel.

Von den Antheilen der einzelnen Gesellschafter am Gewinne und Verluste.

Der Antheil des Einzelnen wird bestimmt:

1. Durch Uebereinkunft der Betheiligten. Den Gesellschaftern ist hierin freie Hand gegeben, nur dürfen sie nicht festsetzen:

— a. daß ein oder einige Gesellschafter allen Gewinn ziehen. Eine solche Bestimmung widerstreitet dem Wesen der Gesellschaft, in welche Jeder nur eintritt, um zu gewinnen;

— b. daß die Einlage eines Gesellschafters von allem Beitrage zum Verlust frei sein soll. Dieses Geding widerstreitet zwar dem Wesen der Gesellschaft nicht, denn der Gesellschafter kann den Vortheil der Befreiung vom Verlustbeitrag durch einen besonderen Vortheil ausgleichen, den er z. B. durch Mehrleistung

in Geld oder Zeit der Gesellschaft zuwendet; das Gesetz hat es aber verboten, weil es Mißbrauch fürchtet.

Da dieses Verbot nur für Einlagen in Geld oder sonstigen Sachen gegeben ist, so ist es erlaubt, den Gesellschafter, der nur seinen Gewerbfleiß einbringt, vom Beitrag zu den Verlusten frei zu sprechen. Hier ist kein Mißbrauch zu fürchten und der Gesellschafter verliert immerhin seine Arbeit. Dieses Geding ist jedoch nicht so zu verstehen, daß der Gesellschafter an dem Erfolg aller günstigen Geschäfte Theil habe, dagegen allen ungünstigen fremd bleibe. Es will damit nur gesagt werden, wenn der Gesammtgewinn den Gesammtverlust übersteigt, dann hat der Gesellschafter Antheil am Ueberschuß; im entgegengesetzten Falle hat er weder Gewinn noch Verlust.

Haben die Betheiligten nur für die Gewinnantheile Bestimmung getroffen, dann wird angenommen, die Verlustantheile sollen gerade so geregelt werden (Art. 1855. Zach. § 377).

2. Durch einen Schiedsrichter, über den sich die Gesellschafter vereinbart haben. Dieser hat nach bestem Wissen und Gewissen zu handeln und wenn sein Ausspruch der Billigkeit widerstreitet, dann kann der verletzte Theil denselben innerhalb drei Monaten von erlangter Kenntniß an anfechten. Jede Anfechtung ist aber verboten, so wie der Verletzte mit dem Vollzuge angefangen hat (Art. 1854. Zach. §. 381).

3. Durch das Gesetz. Die Theile werden nach dem Werthe der Einlagen berechnet; sind diese gleich, so sind es auch jene, sind sie ungleich, so werden die Theile verhältnißmäßig bestimmt. Die Einlage des Gewerbfleißes wird der geringsten der anderen Einlagen gleichgeschätzt. Da aber diese Einlage von Tag zu Tag fortgeht und nur dadurch vollständig gemacht wird, daß die Arbeit bis zur Auflösung der Gesellschaft fortgesetzt wird, so muß man schließen, daß, wenn sie vor dem bestimmten Zeitpunkt aufgelöst wird, der Gesellschafter, der seine Einlage nicht vollständig machen konnte, einen dem Zeitraume, während dessen er nicht hat arbeiten können, entsprechenden Abzug sich gefallen lassen muß. Wenn z. B. vier Personen mit einem Capital von 60,000 fl. auf die Dauer von zehn Jahren eine Gesellschaft schließen, wenn drei derselben je 20,000 fl. einlegen, der vierte aber seine Arbeit, dann haben sie am Schlusse der Gesellschaft, d. h. nach Ablauf der zehn Jahre, gleiche Antheile am Gesell-

schaftsvermögen. Löst sich dagegen diese Gesellschaft ein Jahr nach ihrer Bildung auf, dann hat der Gesellschafter, der seine Arbeit einbringt, seine Einlage nur zu einem Zehntel gemacht und muß sich demnach einen Abzug von neun Zehntel bei der Theilung des aus den Geldbeträgen der Anderen bestehenden Gesellschaftsvermögens gefallen lassen.

Hat ein Gesellschafter in Natur und in Gewerbfleiß eingelegt, dann hat er doppelten Antheil, den einen im Verhältniß zu seiner Natureinlage, den anderen im Betrag desjenigen, der auf die geringste Einlage fällt (Art. 1853. Zach. § 381).

Sechstes Kapitel.

Von der Verwaltung der Gesellschaft und den Befugnissen der einzelnen Gesellschafter.

I. Die Betheiligten ernennen die Geschäftsführer. Sind es deren mehrere, so muß man unterscheiden:

— 1. Wurden die Geschäftskreise bei der Ernennung bestimmt, dann hat sich Jeder auf seinen Kreis zu beschränken;

— 2. Wurden sie nicht bestimmt, dann kann Jeder innerhalb den Gränzen der gemeinschaftlichen Bevollmächtigung handeln;

— 3. Wurden sie nicht bestimmt, aber festgesetzt, daß kein Geschäftsführer ohne den andern etwas thun könne, dann müssen alle Verwaltungshandlungen gemeinschaftlich geschehen. Selbst dann kann Keiner allein handeln, wenn die Andern sich in der Unmöglichkeit befinden, mitzuwirken, und es kann ein Einziger durch seine Weigerung alle Geschäftshandlungen hindern. War diese Weigerung eine frivole, dann kann der Schuldige der Gesellschaft gegenüber zur Entschädigung verurtheilt werden.

Es kommt viel darauf an, ob der Geschäftsführer durch eine besondere Bestimmung des Vertrags oder in einer späteren Urkunde ernannt wurde. Dort ist der gegebene Auftrag unwiderruflich, denn der Geschäftsführer ist vielleicht nur in der Voraussicht in die Gesellschaft eingetreten, daß er Geschäftsführer wird und ein Anderer hätte sich vielleicht nicht betheiligt, wenn nicht der und der Geschäftsführer geworden wäre. Der so ernannte Geschäftsführer kann trotz aller Widersprüche von Seiten der Anderen alle Verwaltungshandlungen vornehmen, — seine Vollmacht kann nur wegen Gefährde widerrufen werden und er selbst kann nur

aus rechtmäßigen Gründen zurücktreten. — Im andern Falle ist der Geschäftsführer ein gewöhnlicher Gewalthaber, der nach Gutfinden der Betheiligten entlassen werden kann.

II. Von den Handlungen, die der zum Geschäftsführer ernannte Gesellschafter vornehmen kann. — Sind sie in der Ernennungsurkunde aufgeführt, dann kann er sie alle, aber auch nur sie vornehmen. Ist Nichts über den Umfang der Befugnisse gesagt, dann kann der Geschäftsführer alle Verwaltungshandlungen vornehmen. Er nimmt die Ausbesserung der Liegenschaften vor, bebaut sie und verkauft die Erzeugnisse; er gibt sie in Bestand und zieht den Bestandzins ein; er kann sogar Fahrnisse verkaufen, wenn sie zum Verkaufe bestimmt sind; mit einem Worte, er hat die Befugniß, die Güter zu erhalten und zu verbessern, darüber verfügen kann er nicht.

III. Von den Pflichten der Gesellschafter, die nicht Geschäftsführer sind, wenn die Verwaltung Einzelnen unter ihnen übertragen ist. — Wie die Gesellschafter eine Geschäftsführung anordnen, untersagen sie sich jede Verwaltungshandlung, sie müssen in der passiven Rolle bleiben, die sie übernommen haben. Sie dürfen nur die Geschäftsführer überwachen und darauf sehen, daß sie ihre Befugnisse nicht überschreiten (Art. 1856—1858. Zach. § 382).

IV. Von der Verwaltung, wenn kein Geschäftsführer aufgestellt ist. Hier gelten folgende Regeln:

1. Man nimmt an, daß die Gesellschafter sich gegenseitig das Recht zu Verwaltungshandlungen gegeben haben. Was der Eine thut, gilt auch für die Andern, wenn sie auch nicht mitgewirkt haben. Da aber die Rechte Aller gleich sind, so genügt die Einsprache eines Einzelnen, um den Vollzug eines vorhabenden Geschäfts zu verhindern; die Mehrheit hat dann zu bestimmen und bei Stimmengleichheit gilt der Satz: in re pari potior est conditio prohibentis L. 28 D. com. dividundo.

2. Jeder Gesellschafter kann sich der Gesellschaftssachen bedienen, so fern er sie nur ihrer Bestimmung gemäß und nicht gegen den Vortheil der Gesellschaft oder in einer Weise gebraucht, wodurch die Andern gehindert werden, ihr Gebrauchsrecht auszuüben.

3. Jeder Gesellschafter kann von den Andern fordern, mit ihm die Kosten zu bestreiten, die zur Erhaltung der Gesellschafts-

sachen nothwendig sind. Bezüglich der imp. utiles und voluptuariae besteht nur ein jus tollendi.

4. Kein Gesellschafter kann an den Gesellschaftssachen eine Aenderung oder Neuerung vornehmen, wenn er sie auch für nützlich hält.

Will z. B. ein Gesellschafter ohne die Einwilligung der Andern auf dem Gesellschaftsgut ein Haus bauen, so kann jeder Gesellschafter Einsprache erheben. Würde das Haus aber unter ihren Augen fertig gebaut, so liegt ein stillschweigender Auftrag vor und sie müssen die Kosten tragen helfen. Würde das Gebäude ohne ihr Wissen fertig, dann haben sie strenge genommen das Recht, es abbrechen zu lassen und Entschädigung zu verlangen. Aber nach der Regel: res inter socios non sunt amare tractandae kann man ihnen nur ein Recht auf Schadloshaltung zugestehen, wenn sie nicht ein ganz besonderes Interesse haben, das Gebäude zu beseitigen (Art. 1859. Zach. l. c.).

5. Gesellschaftssachen kann ein Gesellschafter nicht einmal für seinen Antheil veräußern oder verpfänden und wenn sie auch bewegliche wären (sofern sie nicht gemäß dem Zweck der Gesellschaft veräußert werden sollen). (Art. 1860. Zach. l. c.)

6. Jeder Gesellschafter kann, auch ohne Einwilligung der Andern, bezüglich seines Theils eine Gesellschaft mit einem Dritten eingehen. In die Gesellschaft selbst aber kann er ihn ohne Einwilligung der Mitgesellschafter nicht aufnehmen; denn das persönliche Vertrauen ist die Grundlage der Gesellschaft und der Freund unseres Mitgesellschafters kann es gerade nicht besitzen.

Der Gesellschafter, der einen Dritten zu sich genommen, haftet der Gesellschaft für allen Schaden, den dieser verursacht. Die Gesellsschaft kann in diesem Falle sowohl gegen den Dritten als gegen den Gesellschafter klagen, der denselben in die Gesellschaftsangelegenheiten hereingezogen hat. Er muß auch über die Vortheile Rechnung legen, welche der Dritte herbeiführt, denn was dieser thut, wird so angesehen, als ob es der Gesellschafter selbst gethan hätte; in diesem Falle aber hat die Gesellschaft keine directe Klage gegen den Dritten.

Auf der anderen Seite haftet der Gesellschafter seinem Theilhaber für Vortheil und Verlust aus den Handlungen seiner Mitgesellschafter, aber der dritte hat gegen diese kein directes

Klagerecht, sondern er kann sie nur im Namen seines Mitgesellschafters auf Grund des Art. 1166 belangen. (Art. 1861 und Zach. § 381.)

Siebentes Kapitel.

Von den Verbindlichkeiten der Gesellschafter gegen Dritte.

1. Alle Gesellschafter haben die Verbindlichkeit zusammen eingegangen. Hier gibt es keine Sammtverbindlichkeit, denn diese tritt kraft Gesetzes nur bei Handelsgesellschaften ein; jeder Gesellschafter haftet nur für seinen Theil und zwar für einen Kopftheil, denn dem Mitcontrahent kann nicht zugemuthet werden, zu wissen, wie die Gesellschafter ihre Antheile geregelt haben. Eine Ausnahme tritt natürlich dann ein, wenn beim Vertragsabschlusse die Verbindlichkeit ausdrücklich auf den Antheil beschränkt wurde, den Jeder an der Gesellschaft hat.

2. Die Verbindlichkeit wird von einem beauftragten Gesellschafter, in den Gränzen seiner Vollmacht, **im Namen der Gesellschaft** eingegangen. Hier gilt ganz das Nämliche, was wir unter der vorigen Nummer gesagt haben; der Beauftragte ist Stellvertreter der Mandanten, und diese werden als selbsthandelnd angesehen, sie haften also nach Kopftheilen, wo Nichts Anderes bestimmt ist und auch der Beauftragte haftet nur für so viel. Wäre dieser nicht Mitglied der Gesellschaft, dann hätte der Gläubiger gar keinen Anspruch an denselben.

3. Die Verbindlichkeit wird von einem beauftragten Gesellschafter in den Gränzen seiner Vollmacht, **aber in eigenem Namen** eingegangen. Die Gesellschaft ist dem Gläubiger gegenüber nicht verbindlich, denn die Verpflichtung wurde nicht in ihrem Namen übernommen. Der Bevollmächtigte haftet für das Ganze, weil er den Vertrag nur in seinem Namen abgeschlossen hat. Der Gläubiger kann ihn auf das Ganze belangen und er hat den Rückgriff auf die einzelnen Gesellschafter und zwar nicht auf Kopftheile, sondern nach deren Gesellschaftsantheilen, denn unter sich haften sie für die Gesellschaftsschulden zu dem Antheile, den sie an der Gesellschaft haben. Der Gläubiger

kann die einzelnen Gesellschafter auf die nach diesem Fuße bestimmten Antheile belangen, aber nur kraft der Bestimmung des Art. 1166, indem er Namens des Gesellschafters klagt, mit dem er den Vertrag geschlossen hat.

4. Die Verbindlichkeit wird von einem nicht beauftragten Gesellschafter im Namen der Gesellschaft eingegangen. Es ist dies ein Fall der negotiorum gestio; der Gesellschafter ist nicht als Vertragsperson verbindlich, denn er hat den Vertrag nicht in eigenem Namen, sondern als Vertreter der Gesellschaft eingegangen. Da die Thatsache der Nützlichkeit der Geschäftsführung dem Auftrage gleichkommt, so ist die Gesellschaft verpflichtet, wenn die in ihrem Namen eingegangene Verbindlichkeit für sie von Nutzen war. Jeder Gesellschafter haftet hier für einen Kopftheil.

5. Die Verbindlichkeit wird von einem nicht beauftragten Gesellschafter in eigenem Namen eingegangen. Hier haftet der betreffende Gesellschafter dem Gläubiger für das Ganze. Hat jedoch die eingegangene Verbindlichkeit der Gesellschaft zum Nutzen gereicht, so hat er den Rückgriff auf seine Mitgesellschafter auf dem Wege der actio de in rem verso. Diese Klage geht gegen den Einzelnen nach dem Betrage seines Antheils an der Gesellschaft, denn nur nach diesem Maßstabe hat er aus der Verbindlichkeit Nutzen gezogen. Der Gläubiger selbst hat keine directe Klage gegen die Gesellschafter, mit denen er den Vertrag nicht geschlossen hat, aber er kann auf Grund des Art. 1166 gegen jeden Einzelnen die actio de in rem verso anstellen, die der Gesellschafter hat, mit welchem er den Vertrag einging.

Die persönlichen Gläubiger eines Gesellschafters können, wo es sich um eine Handelsgesellschaft handelt, nicht mit den persönlichen Gläubigern der Gesellschaft zusammen auf das Gesellschaftsvermögen greifen, denn diese Gesellschaft ist eine moralische Person, sie ist die Schuldnerin und ihr Vermögen ist das Unterpfand ihrer Gläubiger. Liegt dagegen eine bürgerliche Gesellschaft vor, dann findet dieser gleichzeitige Zugriff statt, denn diese Gesellschaft ist keine moralische Person, das Gesellschaftsvermögen gehört jedem der Gesellschafter in ungetheilter Gemeinschaft und bildet das Unterpfand sowohl für die persönlichen Gläubiger der Gesellschafter, als für die der Gesellschaft (Art. 1862—1864. Zach. § 383 u. 377 [1]).

Achtes Kapitel.

Von der Auflösung der Gesellschaft.

Eine Gesellschaft endiget:

I. Durch Ablauf des Zeitraums, für welchen sie eingegangen wurde. — Die Betheiligten können die Gesellschaft vor Ablauf dieser Zeit verlängern; jedoch schreibt der Art. 1866 vor: „Die Verlängerung einer Gesellschaft auf bestimmte Zeit kann nur durch eine Urkunde in Form des Gesellschaftsvertrags selbst bewiesen werden." Wörtlich genommen sollte man meinen, eine Gesellschaft, in öffentlicher Urkunde abgeschlossen, könne nur in öffentlicher Urkunde verlängert werden 2c. Das ist aber nicht der Wille des Gesetzgebers, der nur sagen will: die Regeln über den Beweis des Gesellschaftsabschlusses gelten auch für die Gesellschaftsverlängerung. Die Verlängerung einer in öffentlicher Urkunde eingegangenen Gesellschaft kann also auch durch eine Privaturkunde, durch Eid, Geständniß und sogar durch Zeugen bewiesen werden, wenn deren Gegenstand unter 150 Fr. ist (Art. 1865, 1866. Zach. § 384 [3]).

II. Durch Untergang der Sache. — Die Gesellschaft, bestehend aus gemeinschaftlichen Gegenständen, muß mit dem gänzlichen Untergang des Gesellschaftsvermögens aufhören. Jedoch löst der Verlust aller Güter einer allgemeinen Gesellschaft aller gegenwärtigen Güter und allen Gewinnes diese nicht auf, denn hier gehört zum Gesellschaftsvermögen auch noch die Gewerbthätigkeit der Gesellschafter und sogar die Hoffnung des Gütererwerbs durch Erbschaft oder Schenkung, wenn der Genuß dieser Güter der Gesellschaft versprochen war. Diese Auflösungsart findet also hauptsächlich auf besondere Gesellschaften ihre Anwendung. Diese löst sich nicht allein durch den gänzlichen Verlust des Gesellschaftsvermögens, sondern auch noch dadurch auf, daß ein versprochenes, aber noch nicht gemachtes Beibringen zu Grunde geht; denn hier hat der Betreffende Nichts eingelegt, er hat keinen Anspruch auf den Gewinn, er ist kein Gesellschafter, m. a. W., die Gesellschaft kam nicht zu Stande, also nicht sie, die ja nie bestanden hat, sondern der Gesellschaftsvertrag wird aufgelöst.

Geht das schon Eingelegte zu Grunde, dann behält der Gesellschafter dennoch Antheil am Gesellschaftsvermögen und folg-

lich an den daraus sich ergebenden Vortheilen; denn dieser Verlust trifft alle Gesellschafter, weil die untergegangene Sache einen Theil des Gesellschaftsvermögens ausmachte. Die Gesellschaft besteht fort.

Wir wollen einzelne Fälle besprechen:

1. Hat ein Gesellschafter das Eigenthum einer bestimmten Sache versprochen, dann bewirkt nach Art. 1867 „der Untergang der Sache, ehe ihre Einlage bewirkt worden ist, die Auflösung der Gesellschaft".

„Nicht aber wird sie durch den Untergang der Sache aufgelöst, wenn deren Eigenthum schon in die Gesellschaft eingebracht war."

Die Worte: ehe ihre Einlage bewirkt worden ist, bieten Schwierigkeiten: nach unserem Rechte geht das Eigenthum ohne Uebergabe durch die einfache Uebereinkunft über; also gehört die Sache, deren Eigenthum der Gesellschafter versprochen hat, der Gesellschaft, ohne Ueberlieferung, vom Tage des Versprechens an: folglich trägt diese von diesem Augenblicke an die Gefahr, mag die Sache vor oder nach der Ueberlieferung zu Grunde gehen. Durch die obigen Worte scheint nun das Gesetz bestimmen zu wollen: die Sache gehöre der Gesellschaft erst vom Tage der Ueberlieferung an und von da an erst stehe sie auf ihre Gefahr. Trotzdem hat das Gesetz hier die in Art. 711, 1138 und 1583 niedergelegte Grundregel nicht verläugnet, vielmehr sie wiederholt in Anwendung gebracht. Die Worte: ehe ihre Einlage bewirkt worden ist, sind nicht gleichbedeutend mit: ehe ihre Uebergabe geschehen ist. Ihr Sinn wird durch den Schlußsatz des Art. 1867 erläutert; sie bedeuten: ehe das versprochene Eigenthum in die Gesellschaft eingelegt ist und in der That geht das Eigenthum an einer bestimmten Sache nicht immer im Augenblicke der Uebereinkunft über. Das Gegentheil kann eintreten:

a. Wenn der Gesellschafter das Eigenthum einer Sache verspricht, die er erst kaufen will;

b. Wenn er das Versprechen unter einer aufschiebenden Bedingung gegeben hat.

In beiden Fällen wird das Einbringen erst mit dem Tage bewirkt, wo das Eigenthum vom Gesellschafter erworben wird oder wo die Bedingung eintritt. Geht die Sache vorher zu Grunde,

dann ist und kann sie nicht eingebracht werden; — mithin kommt die Gesellschaft nicht zu Stande (Zach. § 384, 5).

2. Der Gesellschafter hat die Nutznießung einer bestimmten Sache versprochen: hier muß man von einem Theile des Eigenthumsrechts gerade das sagen, was vom vollen Eigenthum gilt.

3. Der Gesellschafter hat versprochen, der Gesellschaft den Genuß einer bestimmten Sache zu verschaffen. Dieses Beibringen ist zu keinem Zeitpunkte vollständig geleistet, denn es besteht in der Verbindlichkeit der Gesellschaft, Tag für Tag den versprochenen Genuß zu verschaffen. Geht die Sache zu Grunde, dann hat der Gesellschafter keine Einlage, mithin keinen Theil am Gewinn mehr und die Gesellschaft erscheint aufgelöst.

Wenn wir statt eines gänzlichen nur einen theilweisen Untergang der versprochenen und noch nicht geleisteten Einlage setzen, dann müssen wir die Art. 1182 und 1722 analog anwenden. (Art. 1865 [5], 1867. Zach. § 384.)

III. Durch Beendigung des Geschäfts, für welches sie eingegangen worden ist. Hier hat die Gesellschaft ihren Zweck erreicht und wäre fernerhin sine causa (Art. 1865 [2]).

IV. Durch den Tod eines Gesellschafters. Die Gesellschaft wird intuitu personae eingegangen und kann daher nicht mit den Erben eines verlebten Gesellschafters fortgesetzt werden. Wie die Person wegfällt, auf deren Fähigkeiten hin man den Vertrag abgeschlossen hat, dann hört auch die Gesellschaft auf. Sie dauert nicht einmal unter den überlebenden Gesellschaftern fort, das Gesetz nimmt an, daß möglicher Weise die persönlichen Eigenschaften des Verstorbenen die Ueberlebenden bestimmt hatten, sich bei der Gesellschaft zu betheiligen. Jedoch ist es erlaubt, sich dahin zu vereinbaren, daß beim Ableben eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den Ueberlebenden fortdauern solle; sogar das kann man festsetzen, daß die Erben eines jeden Gesellschafters, der während der Dauer der Gesellschaft stirbt, an der Stelle des Verlebten in diese eintreten sollen.

Dieses Geding war im römischen Rechte unzulässig, wo man es für widersinnig hielt, sich mit einer unbestimmten und unbekannten Person in eine Gesellschaft einzulassen.

Ist die Gesellschaft aufgelöst, dann schreitet man zur Richtigstellung der Masse und der Erbe erhält den Theil des Verstorbenen, sowohl an dem Gesellschaftsvermögen, als an dem Ge-

winne. Bleibt sie unter den Ueberlebenden fortbestehen, dann nimmt man die Richtigstellung vor, um den Antheil des Verlebten am Gesellschaftsgrundstock und dem am Todestage gemachten Gewinne zu bestimmen. Der Erbe nimmt diesen Theil, bleibt aber späteren Gewinnen oder Verlusten fremd, sofern diese nicht nothwendige Folge solcher Unternehmungen sind, die bei Lebzeiten des verstorbenen Gesellschafters schon begonnen hatten.

Arg. Art. 1859 [1] vergl. mit Art. 2010 sind die Erben des verstorbenen Gesellschafters gehalten, die Mitgesellschafter von dem Ableben in Kenntniß zu setzen und die Vorkehrungen zu treffen, welche das Wohl der Gesellschaft erheischt (Art. 1865 [3], 1868. Zach. § 384).

V. Durch die Entmündigung, den Zerfall der Nahrung oder die Einstellung der Zahlungen durch einen Gesellschafter. — Auf der einen Seite kann man die andern Gesellschafter nicht zwingen, mit Personen in Geschäftsbeziehung zu bleiben, die keine Sicherheit bieten, und auf der andern Seite sind die Vormünder nicht geeigenschaftet, an deren Stelle in die Gesellschaft einzutreten (Art. 1865 [4]. Zach. l. c.).

VI. Durch Uebereinstimmung aller Gesellschafter. — Jede Gesellschaft mit beschränkter oder unbeschränkter Dauer kann durch den Willen aller Gesellschafter aufgelöst werden (Art. 1134).

VII. Durch den Willen eines Gesellschafters, wenn die Gesellschaft von unbeschränkter Dauer, d. h. bis zum Ableben eines Gesellschafters eingegangen worden ist. — Es ist dies eine Abweichung von der Regel des Art. 1134, wornach Verträge nicht durch den Willen eines Betheiligten aufgehoben werden können, und ist darum eingeführt, weil die Erfahrung lehrt, daß eine erzwungene Gemeinschaft wenig Vortheile, aber viel Processe verspricht.

Damit der Willen eines Einzelnen die Gesellschaft auflösen kann, ist dreierlei erforderlich:

— 1. Muß die Kündigung allen Gesellschaftern mitgetheilt werden.

— 2. Die Kündigung muß ohne Gefährde geschehen. — Sie ist arglistig, wenn sie zu dem Zwecke geschieht, um sich den Vortheil allein anzueignen, den die Gesellschafter gemeinschaftlich zu ziehen gedachten.

— 3. Sie darf nicht zur Unzeit geschehen. — Dies ist der Fall, wenn zu einer Zeit gekündigt wird, wo die Sachen nicht mehr in der ursprünglichen Lage sind und der Gesellschaft daran liegen muß, daß die Auflösung hinausgeschoben wird. — Wo eines dieser drei Erfordernisse fehlt, da ist die Kündigung keine regelrechte mehr und sind in diesem Falle die Mitgesellschafter nach ihrer Wahl berechtigt, die Gesellschaft für aufgelöst oder für noch bestehend zu betrachten: socius socium a se, non se a socio liberat.

War die Kündigung eine arglistige, dann besteht die Richtigkeit einzig darin, daß man der Gesellschaft den Vortheil zuweist, den der Kündigende sich allein zueignen wollte; in allen andern Beziehungen gilt die Gesellschaft für aufgelöst.

Gesellschaften, die für eine bestimmte Dauer abgeschlossen sind, können nur in Uebereinstimmung aller Gesellschafter aufgelöst werden (Art. 1134).

Jedoch kann ein einzelner Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft gerichtlich verlangen, wenn er triftige Gründe dafür beizubringen vermag; wenn er z. B. nachweist, daß ein Gesellschafter seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist u. dgl. m. (Art. 1865 [5], 1869, 1870, 1871. Zach. l. c.)

Neuntes Kapitel.

Von der Theilung bei Gesellschaften.

Nach Auflösung der Gesellschaft schreiten die Gesellschafter zur Richtigstellung der Masse und zu deren Theilung. Bezüglich der Form der Theilung und der daraus entstehenden Verbindlichkeiten verweist das Gesetz lediglich auf den Titel über die Erbtheilungen. Auf die Wirkungen der Erbtheilungen verweist es nicht ausdrücklich, jedoch ist die Theilung hier wie bei den Erbschaften eine einfach das Eigenthum bezeichnende, nicht aber übertragende und wird deshalb jeder Gesellschafter so angesehen, als ob er das Eigenthum der in sein Loos gefallenen Gegenstände vom Tage der Gesellschaftsauflösung an gehabt hätte (arg. Art. 1476. Art. 815 ff. 1872. Zach. § 385).

Besondere Bestimmung.

Die Vorschriften, die für bürgerliche Gesellschaften gelten, sind auch auf Handelsgesellschaften anwendbar, wenn sie nicht mit Handelsgesetzen oder Gebräuchen im Widerspruch stehen (Art. 1873. Zach. § 377).

Zehnter Titel.

Von dem Leih- und Darleihvertrage.

In Folge dieses Vertrages gibt ein Theil dem anderen eine oder mehrere Sachen, die dieser annimmt, entweder um sich deren zu bedienen und sie nach gemachtem Gebrauche zurückzugeben, oder um nach Belieben darüber zu verfügen, sie zu verbrauchen, mit der Verpflichtung, zur festgesetzten Zeit ähnliche Sachen zurückzugeben.

Muß die geliehene Sache selbst zurückgegeben werden, dann ist es ein Leihvertrag (commodatum); soll nicht die geliehene, sondern eine ähnliche stellvertretende Sache zurückgegeben werden, dann haben wir den Darlehensvertrag (mutuum).

Bei der Leihe bleibt der Ausleiher Eigenthümer der Sache (Art. 1877), der Entleiher ist Schuldner dieser Sache, mithin Schuldner eines bestimmten Stückes und wird durch den, wenn auch zufälligen, Untergang der Sache von seiner Verbindlichkeit frei: debitor rei certae interitu ejus liberatur (Art. 1302) — der Ausleiher trägt die Gefahr der Sache.

Bei dem Darlehen dagegen verliert der Darleiher sein Eigenthum, der Anleiher bekommt es (Art. 1893), und ist gehalten, nicht die nämliche, sondern eine ähnliche Sache zurückzugeben. Daraus folgt, daß sogar der zufällige Untergang den Anleiher nicht befreit, er schuldet eine Sache in genere und die genera gehen nicht zu Grunde. Hier trägt der Anleiher die Gefahr.

Es ist sehr wichtig, die Leihe und Darleihe nicht miteinander zu verwechseln. Nach dem Wortlaute des Gesetzes sollte man meinen, die Leihe ist der Vertrag, welcher Sachen zum Gegenstande hat, die nicht primo usu aufgebraucht werden, wie z. B.

ein Pferd, ein Haus (Art. 1874, 1878), während die Darleihe der Vertrag ist, der Sachen zum Gegenstande hat, welche primo usu aufgebraucht werden, wie Geld, Getreide (Art. 1874, 1892). Hiernach würden sich die Verträge nach der Natur der geliehenen Sache unterscheiden.

Diese Theorie ist nicht die richtige. Zunächst ist die Unterscheidung zwischen Sachen, welche primo usu aufgebraucht, und welche nicht so aufgebraucht werden, nicht genau, denn es gibt Gebrauchsarten, welche, wie z. B. die Veräußerung, jede Sache aufbrauchen, und wieder andere, die man bei jeder Sache verwenden kann, ohne diese aufzubrauchen, z. B. wenn ich in dem Schaufenster meines Wechselgewölbes Goldstücke auslege, so gebrauche ich diese, ohne sie aufzubrauchen. Was kommt es ferner auf die Natur der Sache an, wenn die Absicht der Betheiligten dahin ging, den oder jenen Vertrag abzuschließen? Vor Allem muß man also auf die Absicht schauen, man muß nicht nach der Natur der geliehenen Sache, sondern nach der Natur des Gebrauchs fragen, welchen die Betheiligten im Auge hatten.

Der Verleiher bezweckt stets, für eine bestimmte Zeit den Gebrauch der Sache einer anderen Person zu überlassen. Wenn nun dieser Gebrauch von der Art ist, daß er gemacht werden kann, ohne die Sache aufzubrauchen, dann kann der Vertrag zu Stande kommen, ohne daß es nöthig ist, den Entleiher zum Eigenthümer der betreffenden Sache zu machen, es genügt, daß man sie ihm übergibt, damit er den Gebrauch davon machen kann, für welchen man sie ihm leiht. Der Ausleiher bleibt Eigenthümer und der Entleiher geht die Verpflichtung ein, die Sache nach gemachtem Gebrauche zurückzugeben. Der Entleiher ist folglich Schuldner eines bestimmten Stücks, weil er gerade die und nur die Sache schuldet, welche ihm übergeben wurde. Geht diese Sache ohne sein Verschulden zu Grunde, dann ist er seiner Verpflichtung ledig; — der Ausleiher trägt die Gefahr, wir haben hier den Leihvertrag.

Ist dagegen der Gebrauch, den die Betheiligten im Auge hatten, von der Art, daß er nicht gemacht werden kann, ohne die Sache aufzubrauchen, dann kann der Vertrag nur unter der Voraussetzung zu Stande kommen, daß das Eigenthum der Sache übergeht; denn das Aufbrauchen einer Sache ist eine Handlung, welche nur von einem Eigenthümer ausgehen kann. Der Ver-

leiher entäußert sich also seiner Sache und der Entleiher wird deren Eigenthümer, mit der Verbindlichkeit, nicht die empfangene Sache, sondern eine ähnliche, d. h. von gleicher Beschaffenheit, zurückzugeben. Der Entleiher schuldet nicht ein bestimmtes Stück, sondern eine Gattung und wird daher durch den Untergang der Sache nicht von seiner Verbindlichkeit befreit, denn er schuldet nicht diese Sache, sondern eine Sache in genere und genera gehen nicht zu Grunde; er trägt die Gefahr. Hier haben wir die Darleihe.

Ein Buchhändler entleiht bei einem anderen Buchhändler ein Buch:

Geschieht dies, um es zu lesen, dann ist es eine Leihe, denn der Gebrauch, welchen die Betheiligten im Auge haben, kann gemacht werden, ohne das Buch zu verbrauchen, es ist also möglich, die geliehene Sache in specie zurückzugeben.

Entleiht er es, um es zu verkaufen, dann haben wir ein Darlehen, denn der beabsichtigte Gebrauch kann nicht gemacht werden, ohne das Buch aufzubrauchen, d. h. ohne daß der Entleiher Eigenthümer wird.

Wenn ich Dir Goldstücke leihe, um sie als Marken in einer Spielpartie zu gebrauchen; feines Backwerk, um die Tafel zu zieren, aber nur ad pompam et ostentationem; Flaschen alten Weines, um sie an Dein Schaufenster zu stellen, damit sie die Kunden anlocken, die ich aber im Stücke zurückverlange — dann ist das ein Leihvertrag. Dagegen ist es ein Darlehensvertrag, wenn ich Dir die Sachen zum beliebigen Gebrauche gegeben habe.

Es läuft hier also Alles auf eine Frage der Auslegung hinaus. Wenn die Betheiligten den Gebrauch ausdrücklich bestimmt haben, für den die Sache geliehen wird, dann hat es keine Schwierigkeit. Haben sie Nichts gesagt, dann sagt uns die Eigenschaft des Entleihers meistens, wozu die Sache entliehen worden ist. Wenn z. B. ein Student dem andern ein Buch leiht, so geschieht es, damit dieser es studire und dann zurückgebe; thun dies zwei Buchhändler unter sich, dann geschieht es zum Verkaufe.

Die Natur der Sache kann auch zu Rathe gezogen werden, aber nur als Mittel, um den Willen der Betheiligten zu erforschen, wenn der Gebrauch nicht ausdrücklich oder durch die

Umstände bestimmt ist. Bei Hingabe von Sachen z. B., die nicht nach Maß, Gewicht oder Zahl geschätzt werden, wie eines Pferdes, einer Flinte, schließt man auf einen Leihvertrag, und umgekehrt, also bei res fungibiles auf einen Darleihvertrag.

Diese Gesichtspunkte müssen wir festhalten. Wollte man auf den Wortlaut des Gesetzes gehen, so käme man ad absurdum. Es entleiht z. B. ein Metzger von einem andern Metzger zehn Hämmel: ist das eine Leihe oder ein Darlehen? Es ist eine Leihe, sagt Art. 1894: „Sachen, die zwar gleicher Art, aber doch im Stück nicht gleich sind, wie Thiere, sind kein Gegenstand für das Darlehen." Der Metzger muß also die nämlichen Hämmel zurückgeben, was nützt ihn dann aber das Leihen? Vernichtet denn da nicht das Gesetz das Uebereinkommen der Betheiligten? Was liegt denn daran, daß die Thiere, nach der Natur der Dinge, nicht darnach sind, um von anderen leicht ersetzt werden zu können, wenn die Betheiligten wollen, daß sie durch andere ersetzt werden sollen? Warum soll man sagen: sie haben eine Leihe geschlossen, wenn sie erklärt haben, ein Darlehen eingehen zu wollen? (Art. 1874, 1877, 1878, 1892, 1893, 1894. Zach. § 391 ff.)

Erstes Kapitel.

Von dem Leihvertrage.

I. Abschnitt.

Von der Natur des Leihvertrags.

I. Der Leihvertrag ist derjenige, durch welchen ein Theil eine Anzahl Sachen dem andern unentgeltlich liefert, der sie dann zu dem Zwecke annimmt, um sie so zu gebrauchen, daß er sie, zu dem ausdrücklich oder stillschweigend festgesetzten Zeitpunkt, wieder im Stück zurückgeben kann. Im römischen Rechte unterschied man die Leihe im engeren Sinne und die Bittleihe; jene galt für eine bestimmte Zeit und einen bestimmten Gebrauch, so daß der Ausleiher in der Regel die Sache nicht vor abgelaufener Zeit oder gemachtem Gebrauche zurückfordern konnte; bei dieser dagegen galt die Bestimmung, daß die Sache nach Belieben des Eigenthümers zurückgegeben werden mußte. Dort haftete der Entleiher für culpa levissima, hier nur für dolus.

Diese Unterscheidung haben wir nicht mehr und es hat der Entleiher in allen Fällen die Sorgfalt eines guten Hauswirths aufzuwenden.

II. Außer den Erfordernissen eines jeden Vertrags (Art. 1108) sind bei dem Leihvertrage wesentlich:

— 1. Daß ein Theil dem andern eine Sache überliefert. — Denn ohne dies könnte man die Sache nicht gebrauchen und der Entleiher kann für Erhaltung und Rückgabe der Sache nicht eher verantwortlich sein, als er sie bekommen hat. Der Leihvertrag ist also in dem Sinne ein Real contract, daß die in ihm ruhenden Verbindlichkeiten ohne die Uebergabe einer Sache nicht zur Entstehung kommen können.

Hierbei müssen wir wohl bemerken, daß die Uebereinkunft, einen Leihvertrag abzuschließen, verbindlich ist; denn nach unserem Rechte verpflichtet jede Uebereinkunft, die in der Absicht eingegangen wird, sich zu verpflichten, sofern nicht das Gesetz bestimmte Förmlichkeiten dafür vorschreibt. Verspreche ich Dir morgen mein Pferd zu leihen und thue es dann nicht, so kannst Du Dich manu militari in dessen Besitz setzen lassen und in allen Fällen Entschädigung fordern. Diese Uebereinkunft ist aber nicht der Leihvertrag selbst, der den Gebrauch der Sache gewährt und die Pflicht der Aufbewahrung und Rückgabe auferlegt; es ist dies ein unbenannter Vertrag und war nach römischem Rechte nicht bindend.

Die Uebergabe der Sache braucht nicht wirklich zu geschehen, sie kann auch durch das bloße Einverständniß der Betheiligten vor sich gehen, z. B. der Hinterleger einer Sache ermächtigt den Aufbewahrer, dieselbe zu gebrauchen, also Entleiher zu werden.

— 2. Daß sie zu dem Zwecke überliefert wird, dem Empfänger die Möglichkeit zu verschaffen, sich derselben zu bedienen; denn ohne dies wäre der Vertrag eine Hinterlegung. Der Gebrauch der Sache muß sogar der Hauptzweck des Vertrags sein, denn wäre es nur deren Aufbewahrung, dann hätten wir wieder eine Hinterlegung, obgleich der Gebrauch als Nebensache zur Entschädigung im gleichen Vertrage verwilligt wurde (Art. 1928, 1930).

Hier handelt es sich nicht um den Gebrauch als einen Theil des Eigenthumsrechts, sondern um die Befugniß, um das persönliche Recht, die Sache zu gebrauchen. Der Verleiher veräußert

Nichts, das Eigenthum der Sache bleibt ihm ungeschmälert, er bleibt sogar noch im Besitze, denn er besitzt durch seinen Entleiher, wie der Vermiether durch den Miether; seine Verbindlichkeit ist eine negative und besteht darin, daß er die Sache gebrauchen lassen muß; er verpflichtet sich weder dazu, daß er den Genuß verschaffe, noch daß er genießen lasse, denn wenn die geliehene Sache Früchte trägt, so gehören sie ihm; noch dazu, daß er den Gebrauch verschaffe, denn er ist nicht verbunden, die Sache in dem Stande zu halten, daß man den betreffenden Gebrauch davon machen kann.

— 3. Daß der Empfänger die Verbindlichkeit übernimmt, die Sache zurückzugeben, denn sonst haben wir eine Schenkung.

— 4. Daß die Verbindlichkeit darauf geht, daß die Sache **im Stücke** zurückgegeben werde, denn sonst ist es eine Darleihe.

— 5. Daß kein Preis dafür bedungen werden darf, denn sonst haben wir die Miethe, sofern ein Geldpreis bedungen ist, und einen unbenannten Vertrag, wenn der Preis in einer anderen Sache besteht.

Obgleich das Gesetz diesen Vertrag als einen zweiseitigen aufzufassen scheint, indem es den Verbindlichkeiten des Ausleihers und den des Entleihers je einen besonderen Abschnitt widmet, so ist der Leihvertrag doch ein einseitiger, denn die Verbindlichkeiten des Verleihers entspringen nicht unmittelbar aus dem Vertrage, sondern aus gewissen späteren Vorgängen, z. B. daraus, daß der Entleiher sich genöthigt sieht, für die Erhaltung der Sache Auslagen zu machen. Ein doppelseitiger Vertrag verpflichtet beide Theile unmittelbar und nicht blos mittelbar. — Man kann dagegen einwenden, der Vertrag verpflichte den Verleiher unmittelbar dazu, die Sache vor der bestimmten Zeit nicht zurückzuverlangen; aber diese ganz negative Verbindlichkeit ist eher der Mangel eines Rechts, als eine eigentliche Verbindlichkeit.

Die Rechte und Verbindlichkeiten des Verleihers und Entleihers sind erblich, denn die Vermuthung streitet dafür, daß man für sich und seine Erben stipulirt (Art. 1122). Jedoch gehen die Rechte des Entleihers nicht auf die Erben über, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß die Leihe nur für seine Person gemacht wurde. Wenn ich z. B. einem Freunde, der fremde

Sprachen lehrt, Bücher dazu leihe und er stirbt, dann dürfen seine Erben diese Bücher nicht behalten.

III. Alle Sachen, die im Verkehre sind, können geliehen werden, Liegenschaften wie Fahrnisse, Sachen, die nach Maß, Gewicht oder Zahl, wie solche, die für sich geschätzt werden.

Man kann sogar eine fremde Sache leihen, natürlich behält der Eigenthümer das Recht, sie zurückzufordern, so lange dies aber nicht geschieht, bleibt der Vertrag in Wirksamkeit.

IV. Der Vertrag kann nur unter Personen eingegangen werden, die sich verpflichten können, denn wenn er auch keine Veräußerungshandlung ist, so ist er doch eine Handlung, welche Verbindlichkeiten erzeugt.

Die Leihverträge, welche mit oder von Minderjährigen, Entmündigten und Ehefrauen eingegangen werden, haben Kraft für, aber nicht gegen diese. Der Minderjährige kann also nicht gezwungen werden, die Sache vor dem bestimmten Zeitpunkt zurückzugeben, und wenn er die Sache durch Nachlässigkeit (nicht Gefährde, Art. 1310) zu Grunde gehen läßt, so braucht er keine Entschädigung zu leisten; mit einem Worte, er kann, sofern ihm kein dolus zur Last fällt, nur so weit belangt werden, quatenus locupletior factus est. Umgekehrt, wenn er der Verleiher ist, kann er die Sache vor Ablauf der betreffenden Zeit zurückfordern und hat sogar beim zufälligen Untergang einen Entschädigungsanspruch, wenn nicht der Entleiher zu beweisen vermag, daß der Zufall auch bei dem Minderjährigen eingetreten wäre.

Ein Emancipirter und eine geschiedene Frau können sich für Bedürfnisse der Verwaltung ihres Vermögens verbindlich machen; sie können sich mithin als Entleiher verpflichten, wenn die Leihe für die Verwaltung der Güter nothwendig ist, z. B. sie entleihen Ochsen zur Bestellung der Felder.

Können sie aber auch gültig ausleihen? Nein, denn es ist keine Verwaltungshandlung, wenn man sich des Genusses einer Sache ohne andere Vergütung beraubt, als die im Bewußtsein liegt, Jemanden gefällig gewesen zu sein. Das Ausleihen ist eben eine Art Schenkung (Art. 1875—79. Zach. l. c.).

II. Abschnitt.

Von den Rechten und Verbindlichkeiten des Entleihers und des Verleihers.

I. Von den Rechten des Entleihers und den entsprechenden Pflichten des Verleihers.

I. Der Entleiher hat das Recht, von der geliehenen Sache den Gebrauch zu machen, für den sie durch den Vertrag ausdrücklich oder für den sie, in Ermangelung einer solchen ausdrücklichen Vereinbarung, durch ihre Beschaffenheit bestimmt ist und zwar während der ausdrücklich oder stillschweigend festgesetzten Zeit.

Zunächst ist also der Wille des Verleihers für Art und Dauer des Gebrauchs maßgebend und erst, wenn dieser nicht ausgesprochen ist, bestimmt die Natur der Sache den Gebrauch, welchen der Entleiher davon machen und die Natur des Gebrauchs bestimmt die Zeit, während welcher er sich der Sache bedienen kann. Wenn ich Dir z. B. ein Reitpferd leihe, um damit da und dahin und zurück zu reisen, dann darfst Du das Pferd weder anspannen, noch auf dem Felde arbeiten lassen, noch es reiten, sobald Du die betreffende Reise gemacht hast (Art. 1880. Zach. § 392).

Der Verleiher ist also gehalten, dem Entleiher die Sache so lange zu belassen, bis er den ausdrücklich oder stillschweigend bestimmten Gebrauch davon gemacht hat. Diese Verbindlichkeit fällt jedoch hinweg, wenn für ihn selbst ein dringendes und unvorgesehenes eigenes Bedürfniß eintritt, indem dann der Richter nach den Umständen den Entleiher anhalten kann, die Sache vor der bestimmten Zeit zurückzugeben. Diese Abweichung von dem Grundsatze, daß Verträge gleich Gesetzen unter den Betheiligten gelten, beruht darauf, daß man die Leihe, als lediglich aus des Verleihers Wohlwollen entspringend, zu dessen Gunsten auslegen und dem zu Folge die stillschweigende Bedingung unterstellen muß, daß im Falle eines dringenden und unvorgesehenen Bedürfnisses die Sache sogar vor der Zeit, wo der vertragsmäßige Gebrauch davon gemacht ist, zurückgegeben werden soll. Diese Vergünstigung ist aber eine ganz ausnahmsweise und der Verleiher kann sie nur geltend machen, wenn er sich genau in dem vom Gesetze vorgesehenen Falle befindet und dazu ist dreierlei erforderlich:

— 1. das Bedürfniß muß nach dem Vertragsabschluß eingetreten;

— 2. es muß ein dringendes und

— 3. ein solches sein, das man beim Vertragsabschluß nicht hat vorhersehen können. Uebrigens beruht Alles auf dem richterlichen Ermessen.

Wurde der Gebrauch, für den man die Sache geliehen hat, vor Ablauf der bestimmten Zeit gemacht, dann kann der Verleiher die sofortige Rückgabe verlangen, da der Entleiher kein Recht mehr hat, sich der Sache zu bedienen, — er hat den vereinbarten Gebrauch davon gemacht und hat somit keinen rechtlichen Grund mehr, sie zurückzubehalten. Habe ich Dir z. B. ein Pferd für eine bestimmte Reise auf acht Tage geliehen und Du hast die Reise in sechs Tagen vollendet, dann kann ich die sofortige Rückgabe des Pferdes fordern.

Wurde der Leihvertrag dahin abgeschlossen, daß der Entleiher die Sache dem Verleiher auf Verlangen zurückgeben solle, dann kann dieser die Rückgabe jeden Augenblick verlangen. Damit will jedoch nicht gesagt sein, daß dieser die Sache ohne Frist, selbst zur Unzeit zurückziehen und dem Verleiher bedeutenden Schaden zufügen kann, sondern der Richter wird eine den Umständen entsprechende Frist gestatten.

Das Gleiche gilt auch in dem Falle, wo die Verbindlichkeit zur Zurückgabe durch Ablauf der bestimmten Zeit eingetreten ist; wenn ich von Dir z. B. auf die Dauer von acht Tagen Balken geliehen habe, um mein Haus zu stützen und diese werden nach Umfluß dieser Zeit immer noch dazu benützt, das Haus aufrecht zu halten, welches ohne sie einstürzen würde, dann kannst Du keine augenblickliche Rückgabe verlangen; dagegen hafte ich Dir für den durch meine Verzögerung verursachten Schaden (Art. 1888, 1889. Zach. § 393).

II. Der Entleiher hat das Recht, den Ersatz der Auslagen zu verlangen, die er für Erhaltung der Sache gemacht hat, wenn sie nothwendig, außerordentlich und so dringend waren, daß er den Verleiher nicht mehr benachrichtigen konnte.

Diese Auslagen fallen auf den Verleiher, weil er allein den Nutzen daraus zieht. Jedoch kann er nie zu, wenn auch nützlichen, Auslagen gezwungen werden, die gegen seine Absichten gehen;

er hat nach seinem Gutfinden zu beurtheilen, ob sie nützlich oder nothwendig sind. Dem Entleiher steht es nicht zu, sie für ihn zu machen oder anzuordnen und damit eben der Entleiher hierin nicht zu großen Spielraum bekommt, so gewährt ihm das Gesetz nur in dem Falle Ersatz, wenn die Auslage

— 1. für Erhaltung der Sache nothwendig,

— 2. außerordentlich und

— 3. so dringend war, daß er keine Zeit mehr fand, den Verleiher zu Rath zu ziehen. — Die Auslagen, die er für den Gebrauch der Sache macht, wie z. B. die Fütterung des geliehenen Pferdes, kann er natürlich nicht ersetzt verlangen, denn der Verleiher hat sich nur verpflichtet, ihn die geliehene Sache gebrauchen zu lassen, nicht aber ihm deren Gebrauch zu verschaffen; der Entleiher zieht den Vortheil aus diesen Auslagen und muß sich daher die Regel gefallen lassen: qui habet emolumentum, onus sentire debet.

Um den Ersatz der Auslagen sicher zu stellen, gewährt das Gesetz dem Entleiher ein Vorzugsrecht auf die Sache, deren Erhaltung man ihm verdankt (Art. 2102, Nr. 3); die Frage, ob er auch ein Retentionsrecht deshalb habe, wurde im römischen Rechte bejaht; der Commodatar wie der Depositar in diesem Falle auf Rückgabe belangt, konnten sich durch die exceptio doli schützen, wenn der Ausleiher den Ersatz der Auslagen nicht anbietet, man hielt es für arglistig, wenn der Ausleiher den Vollzug eines Vertrags verlangt, den er selbst zu vollziehen sich weigert. Der Code wiederholt diese Bestimmung zu Gunsten des Depositars, der darf retiniren, bis ihm der Erhaltungsaufwand ersetzt ist (Art. 1948), aber vom Commodatar sagt er Nichts, gewährt ihm also auch dieses Recht nicht. Beide stehen auch nicht auf gleicher Stufe, denn während der Depositar einen Dienst leistet, wird dem Commodatar ein solcher geleistet und er erscheint durch das Vorzugsrecht des Art. 2102, Nr. 3 hinreichend sicher gestellt. Wenn endlich das Retentionsrecht bei den zweiseitigen Verträgen eintritt (Art. 1184, 1612, 1653, 1704, 1759), so kommt dies daher, weil die Erfüllung der gegenseitigen Verbindlichkeiten die stillschweigende Bedingung ist, unter welcher die Verbindlichkeiten eingegangen werden; bei der Leihe nun beruht aber die Verbindlichkeit der Rückgabe nicht in den Auslagen, die für Erhaltung der geliehenen Sache gemacht wurden.

Außer den zweiseitigen Verträgen gibt es ein Retentionsrecht nur da, wo das Gesetz, wie in Art. 545, 548, 570, 1948 und 2280 es ausdrücklich verleiht; — aber keine Gesetzesstelle spricht ein solches dem Commodatar zu.

Die entgegengesetzte Ansicht, welche die Billigkeit für sich hat und viele Anhänger zählt, wird hauptsächlich durch den Satz unterstützt, daß das Retentionsrecht nichts Anderes als die exceptio doli der Römer sei und ein dolus des Ausleihers vorliegt, wenn er die Sache zurückfordere, ohne dem Entleiher den Ersatz der Erhaltungsauslagen zu leisten (Art. 1890. Zach. § 393).

III. Der Entleiher hat ein Recht auf Ersatz des Schadens, den er erleidet, entweder durch verborgene Fehler der Sache, die der Ausleiher kannte, oder durch Entwährung der Sache, wenn der Ausleiher bei deren Hingabe wußte, daß sie einem Dritten gehört.

Der Verleiher ist zwar als solcher der Regel nach keine Gewährleistung schuldig, denn leihen heißt schenken, und wer schenkt, braucht keine Gewähr zu leisten; aber der Fall der Gefährde bleibt immer ausgenommen (Art. 1891. Zach. l. c.).

II. Von den Verbindlichkeiten des Entleihers und den entsprechenden Rechten des Verleihers.

I. Der Entleiher, der kein anderes Recht als das hat, welches ihm die Gutthätigkeit des Verleihers gewährt, darf die Sache nur zu dem Gebrauch verwenden, welcher im Vertrag oder, wo dieser Nichts besagt, durch die Natur derselben bestimmt ist, und darf sich ihrer nur während der stillschweigend oder ausdrücklich festgesetzten Zeit bedienen.

II. Er muß sie zurückgeben, wenn die Zeit abgelaufen ist, für welche ihm die Sache geliehen war. Hier müssen wir uns erinnern:

1. Daß er vor dem Zeitablauf zur Rückgabe gezwungen werden kann, wenn für den Verleiher ein dringendes und unvorhergesehenes Bedürfniß der Sache eintritt und 2. daß nach dem Zeitablauf der Richter noch eine Frist gewähren kann, wenn die sofortige Rückgabe dem Entleiher zu großen Schaden verursachen

würde, vorbehaltlich der Entschädigung des Verleihers im geeigneten Falle.

III. Die Verbindlichkeit, die Sache zurückzugeben, schließt die Verpflichtung in sich, sie zu erhalten und Acht auf sie zu geben. Das Gesetz bestimmt, daß der Entleiher auf die Erhaltung der Sache die Sorgfalt eines guten Hausvaters verwenden muß, d. h. eines sorgsamen und fleißigen Mannes.

Er kann sich also nicht damit entschuldigen, daß er darauf gerade so geachtet habe, wie auf seine eigene Sache; wenn er für diese nachlässig ist, so darf er es nicht auch für jene sein. Der Entleiher wird so strenge behandelt, weil ihm ein Dienst geleistet wird, während der Aufbewahrer, als welcher einen Dienst leistet, nur die Sorgfalt aufzuwenden hat, quam suis rebus adhibere solet (Art. 1137, 1927).

Der Richter darf jedoch bei Abwägung des Verschuldens nicht mit aller Strenge verfahren, wenn die Leihe sowohl im Interesse des Entleihers, als in dem des Verleihers abgeschlossen wurde, wenn z. B. ein Gesellschafter dem andern für Gesellschaftszwecke sein Pferd leiht (Art. 1880. Zach. § 392).

Der Entleiher haftet für den Schaden, den er durch sein Verschulden verursacht; aber er ist nicht im Verschulden, wenn sich die Sache dadurch verschlimmert, daß er den Gebrauch davon macht, für den sie entliehen wurde, denn diese Verschlimmerung mußte der Verleiher voraussehen und hat sie stillschweigend gebilligt.

Der Entleiher haftet nicht für den Zufall, und zwar ebenso wenig für den Zufall, welcher auch eingetreten wäre, wenn der Verleiher die Sache behalten hätte, als für den, welcher sich in Folge der Leihe ereignet hat (Art. 1884. Zach. l. c.).

Dies ist die Regel; dieselbe erleidet aber zahlreiche Ausnahmen und der Entleiher haftet für den Zufall:

1. Wenn er sich ausdrücklich dazu verpflichtet hat.

2. Wenn die Sache bei der Hingabe geschätzt worden ist. Diese Schätzung macht den Entleiher jedoch nicht zum Eigenthümer der Sache; wie will man ihn aber trotzdem für den zufälligen Untergang der Sache verantwortlich machen? Das Gesetz berücksichtigt hier den Ausleiher, indem es unterstellt, daß er durch Abschätzung der Sache sich für alle Fälle habe sichern wollen. Das Gegentheil kann jedoch in dem Schätzungsacte ausbedungen

werden, wo diese dann nur den Zweck hat, die Entschädigungssumme für den Fall festzusetzen, daß die Sache durch Verschulden des Entleihers zu Grunde geht (Art. 1883. Zach. l. c.)

3. Wenn der Zufall dadurch herbeigeführt wurde, daß er eine seiner Verbindlichkeiten verletzt. — Wenn Du z. B. Nachts in einem übelberüchtigten Walde reisest und Räuber nehmen Dir das von mir geliehene Pferd weg, dann haftest Du für den Verlust. Denn als guter Hausvater hättest Du am Tage und auf der Landstraße reisen sollen.

Hieran reiht sich die Erläuterung des Art. 1881 an, in welchem zwei Fälle vorgesehen sind:

Erster Fall. — Der Entleiher verwendet die Sache zu einem andern Gebrauch, als der ist, für welchen sie geliehen war und die Sache geht während dieses regelwidrigen Gebrauchs durch Zufall unter: — ist dann der Entleiher für diesen Verlust haftbar? Er haftet dafür, wenn der Verlust Folge des verkehrten Gebrauchs ist; denn darin liegt ein Fehler und zwar ein nachtheiliger Fehler, weil er den Untergang der Sache herbeigeführt hat. Dagegen ist er nicht haftbar, wenn er darthut, daß die Sache auch dann zu Grunde gegangen wäre, wenn man sie zu dem Gebrauch verwendet hätte, für welchen sie geliehen worden war; zwar ist der verkehrte Gebrauch auch hier noch ein Fehler, aber er ist kein schädlicher Fehler. Wird mir z. B. ein Haus geliehen, um es zu bewohnen, und ich mache eine Herberge daraus, die durch das Verschulden eines Reisenden in Brand aufgeht, dann hafte ich für diesen Verlust, denn ich habe ihn herbeigeführt, indem ich Reisende beherbergt habe. Geht das Haus aber durch Einschlagen des Blitzes zu Grunde, dann hafte ich nicht, weil dasselbe auch dann abgebrannt wäre, wenn ich keine Gäste aufgenommen hätte.

Zweiter Fall. — Ist die Zeit, für die die Sache geliehen war, umlaufen und der Entleiher, statt sie zurückzugeben, fährt trotzdem fort, sich ihrer zu bedienen, und die Sache geht dann durch Zufall unter, so haftet der Entleiher nicht, wenn er beweisen kann, daß die Sache auch beim Verleiher zu Grunde gegangen wäre, wenn er sie demselben zurückgegeben hätte; denn da hat der Verzug in der Rückgabe keinen Schaden gebracht (Art. 1302). Zwar haftet der Dieb für den Untergang der gestohlenen Sache selbst in dem Falle, wo es nachgewiesen ist, daß sie auch

bei dem Eigenthümer untergegangen wäre, wenn er sie nicht gestohlen hätte (ibid.); aber der Entleiher, der die Sache nach Ablauf der bestimmten Zeit gebraucht, begeht keinen Diebstahl, es liegt hier höchstens ein Fehler und zwar ein schadloser Fehler vor.

Ist aber die Sache nur deshalb zu Grunde gegangen, weil sie in Handen des Entleihers blieb, ist dieser dann haftbar? Dies führt zu der Frage: setzt ihn der einfache Zeitablauf ohne Aufforderung zur Rückgabe *in Verzug* oder ist eine Aufforderung dazu nöthig? Die Frage ist bestritten. Die, welche behaupten, der Zeitablauf allein setze schon in Verzug, berufen sich auf Art. 1881, der sagt, daß die Sache für den Entleiher zu Grunde geht, wenn ihr Untergang nach Ablauf des Termins erfolgt. Hiernach ist Art. 1881 eine Ausnahme von der Regel, daß nur eine gerichtliche Aufforderung in Verzug setzt (Art. 1139). Die Gegner behaupten, der Art. 1881 weicht nicht von dieser Regel ab, denn ehe eine solche Aufforderung ergangen ist, konnte der Entleiher glauben, daß der Ausleiher ihm die Sache noch länger im Gebrauche lassen wolle, weil er sie nicht zurückforderte und daraus folgt, daß man nicht sagen kann, der Entleiher habe die Sache *länger gebraucht, als ihm gestattet war*. Hiernach trägt der Verleiher den Verlust, der zwischen dem Ablauf der bestimmten Zeit, aber vor der Aufforderung zur Zurückgabe eintritt, selbst dann, wenn die Sache bei ihm nicht zu Grunde gegangen wäre (Art. 1881. Zach. l. c.).

4. Wenn er durch Verwendung seiner eigenen Sache die geliehene vor dem erlittenen Schaden hätte behüten können. Das Gesetz geht von der Voraussetzung aus, daß der Verleiher seine Sache nur hingegeben hat, um dem Entleiher die Möglichkeit zu verschaffen, etwas zu erreichen, was ihm mit seiner Sache zu erreichen nicht möglich war, und der Entleiher würde die Sache zu etwas verwenden, wofür sie ihm nicht geliehen war, wenn er, obgleich er seinen Zweck auch durch Gebrauch seiner Sache erreichen konnte, doch die geliehene Sache verwendete. Hierin liegt ein Verschulden, das den Entleiher für den verursachten Schaden haftbar macht.

5. Wenn die geliehene und die eigene Sache des Entleihers in der gleichen Gefahr schweben und er nur diese gerettet hat. — Konnte er in diesem Falle beide retten und ließ doch die geliehene

zu Grunde gehen, dann ist es nicht mehr als billig, wenn er den Verlust tragen muß. Aber das Gesetz geht noch weiter, es macht ihn auch dann haftbar, wenn er in der Lage war, nur eine Sache retten zu können; er soll bei gemeinschaftlicher Gefahr sein Interesse dem des Ausleihers nachsetzen. Immerhin aber setzt das Gesetz voraus, daß er nach seiner Wahl die eine oder die andere Sache retten konnte, während er im entgegengesetzten Falle für Nichts haftet, denn man kann ihm Nichts vorwerfen. Wenn z. B. mein Haus brennt und es befinden sich in einem Zimmer durch einander eigene und geliehene Möbel, und ich dringe mitten im Rauche ein, schaffe einige Möbel hinaus, die sich als meine eigenen herausstellen, dann hafte ich nicht für Untergang der entliehenen, denn es stand nicht in meiner Wahl, sie zu retten.

Selbst mit diesem Vorbehalte ist die Bestimmung des Gesetzes schwer zu rechtfertigen. Wenn z. B. die geliehene Sache einen viel geringeren Werth hat, als die eigene, haftet dann der Entleiher dennoch, weil er nur seine Sache gerettet hat? Das Gesetz verlangt von mir, daß ich auf die Erhaltung der Sache die Sorgfalt eines guten Familienvaters verwende, weiter geht aber meine Verbindlichkeit nicht; ein guter Familienvater hätte gerade so gehandelt, wie ich, er hätte die werthvollere Sache gerettet, und ich, der ich das Nämliche that, soll gestraft werden, weil diese werthvollere Sache zufällig die meinige ist?

Durch diese Betrachtungen hat man sich schon verleiten lassen, den Art. 1882 in diesem Falle für nicht anwendbar zu erklären, aber der Wortlaut des Gesetzes ist zu bestimmt und macht keine Unterscheidung.

Eine weitere Sonderbarkeit liegt in Folgendem: Die geliehene Sache hat den höheren Werth und ich rette sie mit Aufopferung meiner eigenen Sache, muß mir dann der Verleiher, dessen Sache ich auf Kosten der meinigen erhalten habe, keinerlei Entschädigung leisten? Art. 1882 gewährt mir keine, während ich eine solche nach Art. 1890 anzusprechen habe, wenn ich die Sache durch eine Auslage in Geld erhalten habe! Das Gesetz unterscheidet also in Auslagen, in Geld und Auslagen in andern Sachen! Vielleicht könnte man den Art. 1882 durch Art. 1890 ergänzen und der Entleiher könnte vielleicht sagen: ich habe Deine Sache im Werthe von 100 gerettet, indem ich die meinige opferte, die 50 werth war, Du schuldest mir also 50 als Entschädigung, da

mir Art. 1890 das zuspricht, was ich aufgewendet, um die geliehene Sache zu erhalten (Art. 1882. Zach. l. c.).

IV. Der Entleiher kann die Sache nicht innebehalten um das, was ihm der Ausleiher schuldet. — Dieses Verbot ist schon im Art. 1293, Nr. 2 enthalten, also doppelt aufgeführt, obgleich es unnöthig war, es auch nur ein Mal aufzustellen. Die Wettschlagung kann nur bei zwei Schulden eintreten, deren jede vertretbare Sachen der nämlichen Art zum Gegenstande hat, nämlich Sachen, die unbedingt durch andere repräsentirt werden können; während Schulden von bestimmten Gegenständen keine Wettschlagung zulassen (Art. 1291). Bei der Leihe nun hat die Schuld des Entleihers stets eine bestimmte, also nicht vertretbare Sache zum Gegenstande, eine Sache, die nicht durch eine andere repräsentirt werden kann, weil gerade die geliehene Sache zurückgegeben werden muß.

So verhält es sich sogar in dem Falle, wo eine Summe Geldes ad pompam vel ad ostentationem geliehen wurde, denn da die nämlichen Geldstücke zurückgegeben werden müssen, so hat die Schuld des Entleihers in der That eine bestimmte Sache zum Gegenstande. Da hiernach das Verbot sich schon aus dem gemeinen Rechte ableiten läßt, so war es überflüssig, es hier noch besonders auszusprechen.

Um den Art. 1885 zu rechtfertigen, behauptet man, er wolle weniger die Wettschlagung verbieten, als den Entleiher hindern, die Sache als Faustpfand, jure pignoris zurück zu behalten. Aber auch in dieser Annahme ist Art. 1885 nutzlos, denn wenn das Gesetz keine besondere Sicherheit geben will, so braucht es sie eben einfach nicht zu gewähren.

Der Entleiher hat also kein Retentionsrecht bezüglich der Forderungen an den Verleiher, welche dem Leihvertrage fremd sind. Hat er aber nicht ein solches bezüglich der Forderungen, die gelegentlich der Leihe entstanden sind, für die Auslagen, welche er zur Erhaltung der geliehenen Sache gemacht hat? Nur wenn wir diese Frage verneinen, hat Art. 1885 einen Sinn; er bezweckt dann, die Bestimmung des römischen Rechts aufzuheben, welche dem Entleiher bis zum Ersatz seiner Erhaltungsauslagen ein Retentionsrecht gibt.

Weiter hat man die Frage aufgeworfen, ob die Wettschlagung nicht in dem Falle eintrete, wo die Schuld des Entleihers, der

die Sache schuldhaft zu Grunde gehen ließ, durch Urtheil in eine Entschädigung in Geld umgewandelt wurde. Für die bejahende Antwort wird angeführt, es stehe der Wettschlagung Nichts mehr im Wege, weil sie nach Art. 1291 eintreten muß, ohne Rücksicht auf den Entstehungsgrund der Schulden, wenn sie nur vertretbare Sachen zum Gegenstand haben, richtig gestellt und zahlbar sind. Dagegen spricht Art. 1293, wonach der Rechtsgrund der Schuld die Wettschlagung hindere, sofern er auf einem Leihvertrage beruht; auch wolle das Gesetz, daß die Schuld des Entleihers, eine Ehrenschuld, vor allen Dingen bezahlt werde und daß der Schuldner sich nie durch Vorschützen der Wettschlagung seiner Verbindlichkeit entziehen könne. Im entgegengesetzten Falle hätte er ein leichtes Mittel, sich ein Retentionsrecht zu verschaffen. Du schuldest mir z. B. 500 fl. und leihst mir Dein Pferd, hier kann ich, so lange ich Schuldner des Pferdes bin, keine Wettschlagung vorschützen. Ich kann aber das Verbot vereiteln, wenn ich das Pferd einem Dritten, der in gutem Glauben ist, verkaufe; dann muß ich Entschädigung leisten und kann mit Dir wettschlagen. — So genommen, hat Art. 1885 einen guten Sinn, er besagt: der Entleiher, der die Sache zu Grunde gehen ließ und zur Entschädigung verurtheilt ist, kann sich von seiner Zahlungsverbindlichkeit durch Vorschützen der Wettschlagung nicht frei machen. — Diese Auslegung widerstreitet aber dem Gesetzestext, denn die Verbindlichkeit, die dieser als zur Wettschlagung nicht geeignet bezeichnet, ist gerade die Verbindlichkeit, eine bestimmte, d. h. die geliehene Sache zurückzugeben (Art. 1885. Zach. § 392 Not. 6).

V. Wenn mehrere Personen zusammen eine Sache entliehen haben, dann sind sie dafür sammtverbindlich haftbar. — Nicht allein kann jede Person auf das Ganze belangt werden, sondern jede ist bezüglich der gerichtlichen Schritte des Verleihers Mandatar der andern und die gegen einen Entleiher gerichtete Klage unterbricht die Verjährung auch bezüglich der andern (Art. 1887. Zach. § 392).

III. Abschnitt.

Von den Klagen, welche dem Verleiher zustehen und von deren Verjährung.

Der Ausleiher hat zwei Klagen:

1. die actio commodati, eine persönliche Klage aus dem Leihvertrage, welche auf der Verpflichtung des Entleihers, die Sache zurückzugeben, beruht;

2. die Vindicationsklage, welche in dem ihm verbliebenen Eigenthumsrechte begründet ist.

Die persönliche Klage verjährt in dreißig Jahren, von dem Tage an, wo die Rückgabeverbindlichkeit vollzugsreif geworden ist (Art. 2262, 2257).

Die Vindicationsklage dagegen verjährt nie, denn der Entleiher, der im Namen des Verleihers besitzt, ist ein precario possidens, der das Eigenthum durch keinerlei Zeitablauf ersitzen kann (Art. 2236). Es kann also der Ausleiher die Sache nach fünfzig und mehr Jahren vom Entleiher und dessen Erben vindiciren, denn der Mangel des vergünstigungsweisen Besitzes wird nicht durch den Tod des precario possidens aufgehoben (Art. 2237).

Dagegen fällt der der Ersitzung entgegen stehende Mangel weg, wenn der Entleiher oder dessen Erbe die Sache von Jemandem kauft, der sich ihm als Eigenthümer darstellt, oder wenn er das Eigenthumsrecht des Verleihers bestreitet (Art. 2238). Wenn also einer dieser beiden Fälle eintritt, dann kann die Vindicationsklage verjähren.

Wenn der Entleiher eines Fahrnißstückes dieses einem Dritten, der in gutem Glauben ist, verkauft, dann hat dieser keine Vindication zu fürchten, indem er durch die Regel geschützt ist: Bei Fahrnissen gilt der Besitz als Rechtstitel (Art. 2279).

Zweites Kapitel.

Von dem Darlehensvertrage.

I. Abschnitt.

Von der Natur des Darlehensvertrags und von den Verbindlichkeiten, die daraus entspringen.

Der Darlehensvertrag ist derjenige, durch welchen ein Theil unentgeltlich oder gegen Vergütung (Zins) eine oder mehrere Sachen dem anderen **gibt**, die dieser annimmt, um nach Gutfinden, wäre es auch bis zum Aufbrauchen, darüber zu verfügen, jedoch unter der Verbindlichkeit, zur festgesetzten Zeit und am bestimmten Ort Sachen zurückzugeben, die den dargeliehenen an Beschaffenheit und Menge oder Werth, wo Geld in Frage steht, gleich sind.

Wir sagen hier gibt und nicht überliefert, wie beim Leihvertrage, weil hier die Sachen zu beliebigem Gebrauche, selbst zum Aufbrauchen, geliehen werden, und es deshalb nothwendig ist, dem Entleiher das Eigenthumsrecht zu übertragen, weil er ohne dies nicht so über die geliehene Sache verfügen könnte.

Gehört zu diesem Vertrage die Uebergabe der Sache? Ist der Darlehensvertrag, wie der Leihvertrag ein Realcontract? Das Versprechen, ein Darlehen zu geben, ist verbindlich, wie das, eine Sache zu leihen, gehört aber zur Perfection des Darlehens die Uebergabe der Sache?

Wir müssen hier unterscheiden: Wenn die Sachen, die man darzuleihen versprochen hat, nicht im Stücke bestimmt sind, wenn man z. B. gesagt hat: ich werde Dir morgen ein Darlehen von 1000 fl. geben, so ist diese Zusage, obgleich sehr verpflichtend, indem ich entschädigen muß, wenn ich sie nicht erfülle, nur ein unbenannter Vertrag; erst durch die Uebergabe der Summe wirst Du Eigenthümer derselben, und erst dann wirst Du verpflichtet, eine gleiche Summe zurückzugeben. In diesem Falle ist der Darlehensvertrag ein Realcontract.

Dagegen ist er ein Consensualvertrag, wenn die versprochene Sache ein bestimmtes Stück ist; wenn ich z. B. sage, ich leihe Dir zu beliebiger Verfügung die zwei Faß Wein, die in meinem Keller lagern. Hier ist der Darlehensvertrag in dem Augenblicke perfect, wo das Eigenthum an der Sache übertragen wird, mit der Verpflichtung, eine ähnliche zurückzugeben, denn bei uns geht das Eigenthum an einem bestimmten Stücke durch den bloßen Willen der Betheiligten über, ohne daß es einer Uebergabe bedarf (Art. 711, 1138). Die zwei Faß Wein brauchen nicht übergeben zu werden, sie gehören dem Entleiher von der Uebereinkunft an; er kann darüber verfügen, wie er will, sie vindiciren oder veräußern. Von diesem Augenblick an liegen sie auf seine Gefahr; wenn sie vor der Uebergabe zu Grunde gehen, muß er doch zwei ähnliche Faß zurückgeben, obgleich er nie in Besitz kam.

Unentgeltlich oder gegen Vergütung (Zins). — Der Leihvertrag ist wesentlich unentgeltlich, denn die Festsetzung einer Vergütung macht ihn zur Miethe. Der Darlehensvertrag ist nur seiner Natur nach unentgeltlich und das Festsetzen einer Vergütung benimmt ihm seine Eigenschaft nicht, man spricht dann von einem verzinslichen Darlehen.

Es ist schwierig, ein Darlehen unter belastendem Rechtstitel richtig aufzufassen. Das Darlehen ist eine Handlung der Gefälligkeit, ein Darlehen unter belastendem Rechtstitel aber ist ein Geschäft, eine Speculation. Eine Sache unter belastendem Rechtstitel leihen, heißt sie vermiethen. Zwar muß bei der Miethe der Miether die nämliche Sache zurückgeben, während beim Darlehen nur eine ähnliche Sache zurückgegeben zu werden braucht; aber man hätte doch, um diesen Unterschied anzudeuten, den vorliegenden Vertrag eine Quasi-Miethe nennen können, wie man von einem quasi usus fructus spricht, wenn der Nutznießer nicht die empfangene, sondern nur eine ähnliche Sache zurückzugeben hat.

Wahrscheinlich hat der Gesetzgeber den Namen Darlehen vorgezogen, weil dieser Vertrag, obgleich unter belastendem Titel eingegangen, abgesehen von der Vergütung, die der Entleiher zahlen muß, alle Eigenschaften eines unentgeltlichen Darlehens an sich trägt. Wie bei diesem, muß eine der empfangenen ähnliche Sache zurückgegeben werden; wie bei diesem, ist die Verbindlichkeit des Darleihers ganz negativ und besteht darin, daß er die Sache nicht vor der bestimmten Zeit zurückfordert; während bei der Miethe die Verbindlichkeit des Vermiethers eine active ist, indem er dem Mitether den Genuß verschaffen muß. Endlich ist der Vertrag über ein verzinsliches Darlehen ein einseitiger, während der Miethvertrag zweiseitig ist.

Das Darlehen unterscheidet sich von dem quasi usus fructus in folgenden Hauptpuncten:

1. Das Recht des Entleihers geht auf die Erben über; während das des Quasiusufructnars mit dessen Tode selbst dann erlöscht, wenn dieser vor dem Zeitpunkt für die Rückgabe eintritt, denn dieser wird nur festgesetzt, um die Dauer der Nutznießung zu beschränken und nicht, um sie auszudehnen.

2. Das Darlehen ist stets ein Vertrag, während der quasi usus fructus auf einem Vertrage oder auf einem Vermächtnisse beruhen kann.

3. Der Entleiher braucht keine Sicherheit zu leisten, während der Quasiusufructuar dies thun muß.

Wer titulo gratuito leiht, haftet nur für den dolus und ist also nicht verantwortlich für Fehler oder Entwährung, wenn ihm unbekannt war, daß die Sache fehlerhaft ist, oder einem Andern gehö-

Wer dagegen titulo oneroso leiht, der haftet für culpa und ist verantwortlich für Fehler und Entwährung, wenn er auch in gutem Glauben war (Art. 1892, 1893. Zach. § 394).

Die Zurückgabe hat zu erfolgen „zur festgesetzten Zeit und am bestimmten Orte".

Der Darleiher kann nicht, wie dies bei der Leihe der Fall ist, die Zurückgabe vor der festgesetzten Zeit fordern, möchte er auch in der Lage sein, nachweisen zu können, daß bei ihm selbst ein dringendes und unvorgesehenes Bedürfniß eingetreten sei, eine der dargeliehenen ähnliche Sache in Händen zu haben. Bei der Leihe besteht diese Befugniß darum, weil der Entleiher, der kein Recht hat, die Sache aufzubrauchen, diese immer in Handen und damit die Möglichkeit hat, sie ohne großen Schaden, sogar vor Eintritt des Ziels, zurückzugeben. Bei dem Darlehen dagegen durfte die geliehene Sache aufgebraucht werden und es kann daher dem Entleiher sehr schwer fallen, sich sofort eine ähnliche zu verschaffen.

Wurde kein Zeitpunkt festgesetzt, dann kann der Darleiher die Zurückgabe fordern, wann er es gut findet; da jedoch der Fall eintreten kann, daß der Entleiher im Augenblicke keine Sachen zur Hand hat, die mit den entliehenen und verbrauchten von gleicher Beschaffenheit sind, so muß das Gericht ihm je nach den Umständen eine längere oder kürzere Frist gewähren.

Nach Ablauf der festgesetzten Zeit kann der Richter auch noch gemäß Art. 1244 in Berücksichtigung der bedrängten Lage des Schuldners, jedoch mit vieler Behutsamkeit, eine Frist gestatten — er kann dies, muß aber nicht.

Ist vereinbart worden, der Entleiher solle zahlen, wann er kann oder wann er die Mittel hat, dann bestimmt der Richter den Zeitpunkt der Rückgabe.

Ebenso verhält es sich, wenn der Entleiher zurückgeben soll, wann er will. Dieses Geding darf nicht so ausgelegt werden, als ob damit dem Anleiher anheimgegeben werde, nach Belieben zurückzugeben oder nicht zurückzugeben. Eine derartige Auslegung würde den Begriff des Darlehensvertrags aufheben, da in Wirklichkeit keine Verpflichtung zur Zurückgabe vorläge und Nichts widerstreitet dem Begriffe einer Verbindlichkeit mehr, als die Befugniß, etwas zu thun oder nicht zu thun, je nach dem es beliebt. Wir müssen das Geding also in einem Sinne nehmen, welcher der

Entstehung des Darlehensvertrags nicht widerstreitet und sagen: Der Darleiher gedachte einem Ehrenmanne zu leihen und mußte daher annehmen, daß derselbe zurückgeben wolle, sobald es ihm möglich sein wird.

Die Zurückgabe hat ferner „am bestimmten Ort" zu geschehen. Daß darüber keine Verabredung getroffen, hat dann die Zurückgabe arg. Art. 1247 am Wohnsitze des Schuldners zu geschehen? Für die bejahende und vorzuziehende Antwort spricht, daß keine Gesetzesstelle zu Gunsten des Darleihers diese Regel des gemeinen Rechts derogirt hat. Für die entgegengesetzte Ansicht kann man geltend machen: es handelt sich hier um die Verbindlichkeit, einen Werth zurückzugeben, der dem geliehenen gleich ist, und es kann vorkommen, daß die zurückgegebene Sache, obgleich der geliehenen ähnlich, doch den gleichen Werth nicht hat, wenn sie an einem anderen Orte gezahlt wird, als an dem, wo sie geliehen wurde (Art. 1899 und 1901, Zach. § 319 und 395).

„.... unter der Verbindlichkeit, Sachen zurückzugeben, die der dargeliehenen an Beschaffenheit und Menge oder, wo Geld in Frage steht, an Werth gleich sind."

Die Verpflichtung, die geliehenen Sachen im Stücke zurück zu geben, folglich auch aufzubewahren, ist mit dem Rechte unvereinbar, das dem Entleiher zusteht, sogar bis zum Aufbrauchen darüber zu verfügen; dies könnte er nicht, wenn er die Sachen aufbewahren müßte.

Der Entleiher schuldet nur eine ähnliche Sache, er ist Schuldner einer Gattung. Deshalb liegt auch gar Nichts daran, wenn die Sache durch Zufall untergeht; er hört auf, deren Eigenthümer zu sein, aber seine Verpflichtung dem Darleiher gegenüber hört nicht auf, denn diese hat nicht die untergegangene Sache, sondern eine Gattung zum Gegenstande, welche nie untergeht.

Bei der Leihe ist in diesem Falle der Commodatar frei, weil er die Sache im Stücke zurückzugeben hat. Soll der Entleiher durch den Untergang der Sache ebenfalls frei werden, dann müßte die ganze Gattung untergegangen sein, aus der er die Gegenstände zur Rückgabe nehmen soll (Art. 1892, 1893. Zach. § 394).

Die Verbindlichkeit zur Rückgabe wird verschieden vollzogen je nachdem ihr Gegenstand in Geld besteht oder nicht.

Erster Fall. — Die Verbindlichkeit der Zurückgabe hat Sachen zum Gegenstande, die kein Geld sind. — Der Entleiher muß Sachen zurückgeben, die an Menge und Güte den geliehenen gleich stehen, — mehr hat er aber auch nicht zu thun, mögen auch die Aenderungen im Kaufwerth der geliehenen Sachen noch so groß sein. Mit kurzen Worten: man hält sich an die Sachen und nicht an deren Werth. Wenn ich Dir z. B. ein Faß Wein von dem und dem Jahrgange, Gewächs und Gehalt auf fünf Jahre leihe, so bist Du Deiner Verbindlichkeit ledig, wenn Du mir ein Faß Wein vom gleichen Jahrgang, Gewächs und Gehalt zurückgiebst, die Weinpreise mögen gestiegen oder gefallen sein (Art. 1895—1897. Zach. § 318 und 394).

Befindet sich der Entleiher zur bestimmten Zeit außer Stande, gleiche Sachen zurückzugeben, weil er z. B. kein Geld hat, um solche zu kaufen, oder weil er keine gleiche zu kaufen findet, dann muß er den Schatzungswerth zahlen. Hier fragt es sich nun, ist der Werth gemeint, den die Sachen zur Zeit des Darlehens oder den sie zur Zeit der Zurückgabe haben?

Das Gesetz unterscheidet. Wurden Zeit und Ort der Rückgabe von den Betheiligten bestimmt, dann zahlt der Entleiher den Werth, welchen die Sache zur Zeit und am Ort der Rückgabe hat; denn diesen Werth hätte der Darleiher bekommen, wenn die Zurückgabe in Natur erfolgt wäre.

Ist eine derartige Bestimmung nicht getroffen, dann wird der Werth ersetzt, den die Sachen zur Zeit und am Ort des Darlehens hatten (Art. 1902, 1903. Zach. § 319 und 395).

Zweiter Fall. — Die Verbindlichkeit besteht in der Rückgabe von Geld. — Hier hat der Entleiher nicht Thaler- oder Goldstücke zurückzugeben, die den geliehenen ähnlich sind, sondern einen Werth, der dem erhaltenen gleich steht. Wenn ich Dir z. B. 1000 Fr. in 50 Zwanzigfrankstücken leihe und nachher kommt ein Gesetz, welches den Werth dieser Zwanzigfrankstücke auf 25 oder 15 Franken bestimmt, dann hast Du nicht 50 ähnliche Stücke, sondern den gleichen Werth, d. h. 1000 fl. zurückzugeben. Hier hält man sich nicht an die Sachen, sondern an deren Werth, weil beim Leihen von Geld die Betheiligten nur den Werth im Auge haben.

Wurde das Darlehen in Barren gemacht, dann gilt die erste Regel wieder; der Entleiher hat Barren zurückzugeben,

die den geliehenen an Gewicht und Güte gleich stehen; denn hier wurde der Stoff und nicht der Werth geliehen. (Art. 1895, 1896. Zach. § 394.)

Der Entleiher, der die Sachen oder deren Werth nicht zur bestimmten Zeit zurückgiebt, muß sie vom Tage der Einklagung an verzinsen (Art. 1904. Zach. § 395).

II. Abschnitt.

Von der Rechtsfähigkeit der Betheiligten.

1. Des Darleihers.

Das Darleihen ist eine Veräußerungs-Handlung und kann daher nur von einer Person ausgehen, die fähig ist, zu veräußern.

Daher hat ein Darlehen von einem Minderjährigen, Entmündigten oder einer nicht ermächtigten Ehefrau keine Gültigkeit; obgleich es aber gegen sie ungültig ist, so hat es doch alle Wirkungen gegen den Entleiher, denn die Nichtigkeit besteht nur im Interesse des Unfähigen und dieser allein kann sich darauf berufen. Hiernach kann der Minderjährige, der seine Sache dargeliehen hat, sie vindiciren, so lange sie existirt; geht sie in der Hand des Entleihers zu Grunde, sei es auch durch Zufall, dann muß der Entleiher eine ähnliche zurückgeben und kann sich nicht auf die Nullität berufen, um dem Unfähigen die Verantwortlichkeit aufzuhalsen. Hat der Entleiher die Sache in gutem oder bösem Glauben aufgebraucht, dann hat der Minderjährige, der nicht mehr vindiciren kann, eine persönliche Klage auf Rückgabe einer ähnlichen Sache, ohne dabei an die vertragsmäßige Zeit gebunden zu sein; — der Entleiher darf sich in keiner Weise auf Kosten des Unfähigen bereichern und das würde eintreten, wenn er das Recht hätte, erst am vertragsmäßigen Tage zurückzugeben.

Wie verhält es sich mit dem Darleihen, das a non domino gemacht wird? Ich leihe Dir z. B. ein Faß Wein, das mich Nichts angeht, ist dieses Darlehen gültig? Nein, denn die Verbindlichkeit, eine ähnliche Sache zurückzugeben, beruht auf dem Erwerb des Rechts, die empfangene aufzubrauchen, auf dem Erwerb des Eigenthumsrechts und im vorliegenden Falle hat der Entleiher das Eigenthumsrecht nicht erworben, weil der Darleiher

es nicht hatte. Das ist dann außer Zweifel, wenn das Darlehen eine gestohlene oder verlorene Sache zum Gegenstande hat: in diesem Falle kann die Sache von dem Eigenthümer dem Entleiher entwährt werden (Art. 2279).

Diese Ansicht müssen wir auch dann festhalten, wenn das Darlehen eine weder gestohlene, noch verlorene Sache zum Gegenstande hat. Zwar kann der Entleiher, wenn er in gutem Glauben ist, die Vindication des Eigenthümers mit der Regel zurückweisen: Bei Fahrnissen gilt der Besitz als Rechtstitel, die ist aber eine Befugniß, die er benützen oder nicht benützen kann: der Darleiher kann ihn nicht zwingen, eine Verjährung geltend zu machen, gegen die sich sein Gewissen sträubt. Wenn daher die Sache durch Zufall untergeht, dann hat der Entleiher Nichts zurückzugeben. Er sagt: Ich hatte mich verpflichtet, eine Sache zurückzugeben, die derjenigen ähnlich ist, welche Du mir gegeben hast, damit ich von dieser Eigenthümer werde, und diese Verbindlichkeit, eine ähnliche Sache zurückzugeben, konnte nicht zur Entstehung kommen, weil ich nicht Eigenthümer geworden bin, denn Du konntest das Eigenthum nicht übertragen.

Wir haben jedoch zwei Fälle, in denen das Darlehen, obgleich a non domino gemacht, zu Stande kommt: — 1. Bei gestohlenen oder verlorenen Sachen, wenn der Entleiher die geliehene Sache in gutem Glauben aufgebraucht hat (Art. 1238), denn in diesem Falle hat er thatsächlich alle Vortheile des Eigenthums; — 2. Bei anderen Sachen, wenn er sich das Eigenthum dadurch erwirbt, daß er dem vindicirenden Eigenthümer den Satz entgegenhält: Bei Fahrnissen gilt der Besitz als Rechtstitel (Art. 2279), oder daß er sie in gutem Glauben aufgebraucht hat (Art. 1238).

Die hieraus entstehende persönliche Klage auf Zahlung des Preises steht dem Darleiher zu, denn wenn diesem auch die Sache nicht gehörte, so ist dies eine Frage, die den Entleiher Nichts angeht, die vielmehr der Darleiher mit dem Eigenthümer auszufechten hat. Durch die Uebergabe hat der Darleiher dem Entleiher die gleichen Vortheile verschafft, wie wenn er ihn zum Eigenthümer gemacht hätte; er ist also ihm und nicht dem Eigenthümer gegenüber verpflichtet, den er ja gar nicht kennt, mit dem er sich in keinen Vertrag eingelassen hat. Das Gleiche muß sogar dann gelten, wenn es der Dieb war, der die Sache darge-

liehen hat, denn dem Entleiher gegenüber ist er kein Dieb und wenn er diesem zahlt, so ist er frei, sofern nicht der Eigenthümer Einsprache erhoben hat.

2. Des Entleihers.

Er muß fähig sein, sich zu verpflichten; ein Darlehen, das ein Unfähiger empfängt, ist also ungültig. Wenn er auch zurückgeben muß, so liegt dafür der Grund nicht im Darlehensvertrage, sondern in der Billigkeit, die es nicht gestattet, sich auf Kosten eines Anderen zu bereichern. Geht die Sache durch Zufall oder durch sein Versehen zu Grunde, so haftet er nicht, sofern er nicht in dolo versirt. Mit einem Worte, auf ihn kann nur gegriffen werden quatenus locupletior factus est.

Da es sich aber hier nur um eine relative Nichtigkeit handelt, die nur der Unfähige geltend machen kann, so kann der Darleiher die Rückgabe vor dem bestimmten Zeitpunkte nicht verlangen (Zach. § 334).

Drittes Kapitel.

Von dem verzinslichen Darlehen.

Ein verzinsliches Darlehen ist dasjenige, bei welchem der Darleiher sich eine Entschädigung dafür bedingt, daß er sich eine Zeit lang seine Sache entziehen läßt.

Der Zins ist der Unterschied zwischen dem dargeliehenen und dem zurückzugebenden Werthe.

Der Wucherzins ist der, welcher den erlaubten Zinsfuß überschreitet.

Im römischen Rechte wurde der Zins, der unter den XII Tafeln 12 % betrug, verboten, dann wieder gestattet, durch verschiedene Gesetze modificirt und endlich von Justinian für personae illustres auf 4 %, für Kaufleute auf 8 % und für Andere auf 6 % festgesetzt.

Im älteren französischen Rechte verboten mehrere Ordonnanzen jeden Darlehenszins, jeder Zins galt als Verbrechen. Dies galt für die Länder des Gewohnheitsrechts; die des geschriebenen Rechts schlossen sich mit wenigen Einschränkungen an das römische Recht.

Das Zwischenrecht gestattete das verzinsliche Darlehen und überließ endlich sogar den Zinsfuß dem Belieben der Betheiligten.

Hatte nun das Verbot große Nachtheile, indem es Handel und Wandel hemmte und gewissenlose Darleiher auf Schleichwege brachte, die den Entleiher sehr viel kosteten; so traten auch mit dem Freigeben des Zinsfußes große Mißbräuche ein (Art. 1905. Zach. § 396).

Man wollte jedoch die Gier der Wucherer zügeln und glaubte das Mittel dazu darin zu finden, daß man dem Darleiher die Verbindlichkeit auferlegte, die bedungenen Zinsen schriftlich zu beurkunden. Der Gesetzgeber hoffte, die Furcht vor der Oeffentlichkeit werde die Darleiher hindern, zu hohe Zinsen zu fordern.

Die Stipulation der Zinsen, wie der Zinsfuß konnten weder durch Zeugen, noch durch das Geständniß des Schuldners bewiesen werden, der Beweis durch Urkunden war allein zuläßig. Das Gesetz wollte einen unauslöschlichen Beweis der Gier des Wucherers schaffen, damit dieser durch die ständige Angst, seine Ehrlosigkeit möchte an den Tag kommen, in Schranken gehalten werde.

Indem unser Gesetzbuch den Betheiligten die Bestimmung des Zinsfußes nach ihrem Belieben überläßt, setzt es noch bei: „sofern nicht ein Gesetz denselben verbietet". Dieses angedeutete Gesetz erschien vier Jahre nach Publication des Code am 3. September 1807 und besagt, daß die bedungenen Zinsen in bürgerlichen Geschäften 5 % und in Handelsgeschäften 6 % nicht übersteigen dürfen. Der Handelszins ist höher, weil der Handelsmann aus dem geliehenen Gelde größeren Vortheil zieht und weil bei ihm der Darleiher größere Gefahr lauft.

Das Gesetz vom 3. September 1807 fordert nicht, wie Art. 1907, daß der Zins schriftlich bestimmt wird; die Nothwendigkeit ist nicht mehr da, denn es ist keine Schande, zu einem gesetzlich erlaubten Zinsfuße darzuleihen. Die Bestimmung des Code ist durch das Gesetz von 1807 stillschweigend abgeschafft. Daraus folgt, daß der Zinsfuß heut zu Tage durch Zeugen, wo diese sonst zuläßig sind, immer aber durch Eid oder durch das Geständniß des Schuldners bewiesen werden kann.

Der Code erlaubt, Zinsen zu einem von den Betheiligten vereinbarten Fuße sowohl bei Darlehen in Geld, als in Lebensmitteln oder andern beweglichen Sachen zu bedingen. Da nun das Gesetz vom 3. September 1807 die Zinsen nur beim Gelddarlehen beschränkt, so kann man folglich auch heute noch bei Darlehen von Lebensmitteln und anderen Fahrnissen einen

sehr hohen Zins bedingen, höher als 5 und 6 % (Art. 1907. Zach. l. c.).

Das Gesetz vom 3. September 1807 hat die Art. 1906 und 1908 nicht aufgehoben, folglich kann „der Darlehensschuldner, der Zinsen zahlte, die nicht bedungen waren, solche weder zurückfordern, noch von dem Capitale abrechnen". Das Gesetz nimmt an, er habe nur eine natürliche Verbindlichkeit erfüllen wollen, und die freiwillige Erfüllung einer solchen gestattet keine Rückforderung (Art. 1235).

Eine Zahlung ist nicht freiwillig, wenn sie irrthümlich geleistet wird, und die Rückforderung ist zulässig, wenn der Schuldner beweist, daß er nur aus Irrthum Zinsen bezahlt habe, wenn er z. B. von einer Schuld seines Vaters, den er beerbt hat, Zinsen bezahlt, weil er meinte, sie sei verzinslich (Art. 1906. Zach. l. c.).

„Eine Quittung, welche über das Capital ohne Vorbehalt der Zinsen ausgestellt ist, begründet die Vermuthung, daß auch diese bezahlt sind." Gegenbeweis gegen diese Vermuthung gibt es nicht, denn Art. 1908, der sie aufstellt, fügt noch bei: sie befreit den Schuldner.

Diese Vermuthung ist übrigens auch eine ganz natürliche. Da dem Gläubiger daran gelegen sein muß, seine Capitalforderung, die Zinsen trägt, eher zu wahren, als sein Guthaben verfallener Zinsen, welches keine solche trägt und zudem noch durch den Ablauf einer ganz kurzen Zeit verjährt (Art. 2277), so gestattet ihm das Gesetz, das, was der Schuldner zahlt, zuerst auf die verfallenen Zinsen aufzurechnen; wenn er also ohne Vorbehalt bezüglich der Zinsen das Capital quittirt, so muß man annehmen, daß sie ihm schon bezahlt sind.

Die Zinsen können nur dann capitalisirt und zinstragend gemacht werden, wenn sie verfallen sind und einen Jahresbetrag ausmachen (Art. 1154, 1908. Zach. l. c.).

Wir haben jetzt noch von den Verzugszinsen und den gesetzlichen Zinsen zu sprechen.

Verzugszins ist derjenige, den das Gesetz da, wo die Betheiligten Nichts verabredet haben, als Entschädigung zu Gunsten des Gläubigers von dem Tage an laufen läßt, wo der Schuldner mit der Zahlung im Rückstande ist. Der Regel nach ist der Schuldner nicht schon vom Verfalltage oder von der Mahnung an im Verzuge, sondern erst von der gerichtlichen Aufforderung an und von da lauft der Verzugszins.

Wenn ich Dir z. B. 1000 fl. unverzinslich auf ein Jahr geliehen habe, Du bezahlst mich nicht zur Zeit und verursachst mir dadurch einen beträchtlichen Schaden, so bekomme ich doch nur 5 % oder 6 % vom Tage der Klage. Daraus folgt, daß ich gar keine Entschädigung bekomme, wenn Du mich am Klagtage selbst oder kurz darauf bezahlst (Art. 1153).

Das Gesetz ging von dem Gedanken aus, daß mir mein Geld bis zum Klagtage nutzlos war, weil ich es nicht verlangt habe, und daß ich von der Klage an keinen höheren Gewinn als 5 oder 6% daraus gezogen hätte. Im Ganzen ist das Gesetz ziemlich streng gegen Gläubiger von Geldsummen und gewährt nur eine kleine Vergütung dadurch, daß der Gläubiger von der Klage an 5 oder 6% anzusprechen hat, wenn ihm der Zahlungsverzug auch gar keinen Schaden verursacht hat.

Ausnahmsweise lauft der Zins zuweilen vom Tage der einfachen urkundlichen Aufforderung (Art. 474, 1652); zuweilen auch ohne diese kraft Gesetzes (Art. 474, 1652, 2001). Diesen Zins nennt man den *gesetzlichen*.

Eine noch günstigere Ausnahme ist zu Gunsten des Bürgen, der Gesellschafter und eines Wechselinhabers gegeben: für diese lauft der Zins nicht allein kraft Gesetzes, sie sind auch noch ermächtigt, weitere Entschädigung zu fordern, wenn die Unterlassung der Zahlung sie an einem Gewinne gehindert oder ihnen einen Schaden verursacht hat, der den gesetzlichen Zins übersteigt (Art. 1846, 2028 C. c.; 178 C. com. Zach. § 308).

Von den Renten.

Unter Rente im Allgemeinen versteht man das Recht, periodische Leistungen zu verlangen. Die Renten zerfallen in *Erbrenten* und in *Leibrenten.*

Die *Erbrente* ist das Recht, die Zinsen eines Capitals zu verlangen, welches von Seiten des Gläubigers unaufkündbar ist, aber vom Schuldner nach Belieben heimbezahlt werden kann.

Die *Leibrente* ist das Recht, während einer bestimmten Zeit, gewöhnlich des Lebens des Gläubigers, die Zinsen eines Capitals zu verlangen, das weder der Gläubiger, noch der Schuldner künden kann.

Erstes Kapitel.

Von den Erbrenten.

I. Abschnitt.

Von den Erbrenten nach dem älteren Rechte.

Die Erbrenten zerfallen in bestellte und vorbehaltene.

1. Von den bestellten Renten.

Die bestellte Rente war eine Forderung von periodischen Leistungen in Geld oder Lebensmitteln, die man durch Hingabe eines fahrenden Capitals erlangte und wobei der Schuldner die Befugniß behielt, sich von seiner Verbindlichkeit, die Gefälle zu bezahlen, dadurch frei zu machen, daß er ein dem erhaltenen Capitale entsprechendes heimzahlt.

Da im älteren Rechte das Darlehen auf Zins verboten war, so wurden die bestellten Renten vorgeschoben, um denjenigen, die Capitalien besaßen, ein Mittel zu verschaffen, Einkünfte daraus zu ziehen und um denjenigen, die Geld bedurften, einen Weg zu zeigen, sich solches zu verschaffen, ohne ihre Güter zu verkaufen. Der Vertrag z. B., wornach ich Dir 20,000 fl. gegen Verzinsung zu 5% auf die und die Zeit lieh, war als unsittlich nichtig, dagegen war der Vertrag ganz gesetzlich, in dem ich sagte: ich überlasse Dir 20,000 fl. zu Eigenthum und für immer, ich werde sie nie zurückfordern, aber als Gegenleistung für dieses Capital zahlst Du oder Deine Erben mir oder meinen Erben jährlich 1000 fl. Renten.

Man konnte sein Geld also nicht vermiethen (auf Zins ausleihen ist vermiethen), sondern es nur veräußern. Der Vortheil, den man aus seinem Gelde ziehen wollte, war ein unmoralischer oder gesetzlicher, ein verbotener oder erlaubter, je nachdem das Capital auf eine beschränkte Zeit oder für immer dargeliehen war. Was kann man eine bestellte Rente anders nennen, als ein ewiges Darlehen, bei dem das Capital so lange nicht gefordert werden kann, als die Zinsen, sog. Rentenzieler, regelmäßig bezahlt werden, das aber der Entleiher nach Belieben heimzahlen kann.

Hierbei war es noch verboten, Rentenzieler zu bedingen, die über 5% betragen.

— Die bestellte Rente war wesentlich rückkäuflich; wesentlich, d. h. trotz jeder entgegenstehenden Bedingung; rückkäuflich, d. h. der Rentenschuldner konnte sich durch Heimzahlung des Capitals von seiner Zahlungspflicht frei machen. Rückkaufen heißt zurücknehmen, was man verkauft hat.

Was hat nun der Rentenschuldner verkauft? Die Verbindlichkeit, die Renten zu zahlen. Das Recht, die Renten zu verlangen, war also der Kaufgegenstand und das dafür gegebene Capital der Kaufpreis.

Hier liegt ein Verkauf der Verbindlichkeit zur Rentenzahlung vor, mit der Befugniß zum Wiederkauf, einer Befugniß, die nicht bedungen zu werden brauchte, der Verkäufer konnte nicht darauf verzichten und durfte sie ausüben, wann es ihm beliebte.

2. Von den vorbehaltenen Renten.

Eine solche ist ein Stück Eigenthum an einer Liegenschaft, das man bei deren Veräußerung zurückbehält, kraft dessen der Veräußerer der Liegenschaft oder dessen Erben vom Erwerber oder jedem dritten Besitzer der Liegenschaft für immer periodische Leistungen fordern konnten.

Rentenpacht nannte man den Vertrag, durch welchen man eine Liegenschaft unter der Bedingung cedirte, daß jährlich als Rentenzieler Abgaben bezahlt werden, die in Geld oder Lebensmitteln, Früchten oder Thieren bestimmt wurden und wobei auf die übergebene Liegenschaft zur Sicherung der Zahlung der Leistungen ein dingliches Recht vorbehalten wurde und vorbehaltene Rente nannte man das Recht, diese Rentenzieler zu fordern. Dieses dingliche Recht folgte der Liegenschaft, wie eine Hypothek, in welche Hände sie auch überging, und gestattete dem Rentengläubiger, die Zahlung von jedem Inhaber der Liegenschaft oder eines Theils derselben zu verlangen, denn dieses dingliche Recht war untheilbar wie eine Hypotheke. Jedoch konnte der Inhaber der Liegenschaft, der nicht persönlich, sondern propter rem haftete, wie h. z. T. der Inhaber einer verpfändeten Liegenschaft, sich von der Zahlung dadurch frei machen, daß er die Liegenschaft aufgab.

Es ist merkwürdig, daß sogar derjenige, welcher die Liegenschaft unter der Bedingung der Rentenzahlung erworben hatte, mit dem der Veräußerer direct unterhandelte, nicht persönlich ver-

pflichtet war; — er konnte sich wie ein dritter Inhaber von der Rentenzahlung durch Aufgeben der Liegenschaft frei machen. In gewisser Beziehung war die Liegenschaft der wahre Schuldner.

Hatte jedoch der Erwerber im Vertrage dem Veräußerer ausdrücklich versprochen, die Rente zu leisten und in Geltung zu lassen, dann war er persönlich verpflichtet und hatte die Befugniß nicht, von der Liegenschaft abzutreten. Dieses Geding kam so in Uebung, daß man es fast in jedem Rentenpacht findet.

Die vorbehaltene Rente war also nicht wie die bestellte eine bloße Forderung von Rentenzielern, sondern ein dingliches Recht auf solche, eine wahre Zertheilung des Eigenthumsrechts.

Die bestellte Rente war wesentlich rückkäuflich, dagegen war es die vorbehaltene Rente im Allgemeinen nicht, denn diese, als ein wahres Eigenthumsrecht, hätte nur auf dem Wege der Expropriation abgelöst werden können.

Ausnahmsweise war die vorbehaltene Rente in zwei Fällen ablöslich: — 1. wenn diese Befugniß im Vertrage bedungen worden war; — 2. abgesehen von jedem Geding, wenn die Liegenschaft ein in der Stadt gelegenes Haus war. Es kam häufig vor, daß die Rentenzieler sich höher beliefen als das Erträgniß des Hauses, so daß die Inhaber ein Interesse hatten, dasselbe zu Grunde gehen zu lassen, denn der Untergang der Sache tilgte die Rentenschuld, wie er auch die Hypotheke löschte und darum war es im Interesse der Betheiligten und des Publikums geboten, die Rentenablösung zu gestatten.

Um den Umsatz der Güter zu erleichtern, bestimmten die Gesetze vom 8./11. August 1789 und 18./29. September 1790, daß alle vorbehaltenen Erbrenten ablöslich sein sollen.

II. Abschnitt.

Von den Erbrenten im heutigen Rechte.

Unser Gesetzbuch hat die Unterscheidung der Renten in bestellte oder Forderungen von Rentenzielern und vorbehaltene oder dingliche Rechte nicht beibehalten. Im heutigen Rechte ist jede Rente ein einfaches Forderungsrecht auf Rentenzieler. Aber in anderen Beziehungen walten bedeutende Verschiedenheiten ob.

1. Von den Erbrenten, bestellt durch Hingabe eines fahrenden Capitals (oder unentgeltlich).

a. Im Allgemeinen.

Da das verzinsliche Darlehen bei uns zuläßig ist, so haben die Renten viel von ihrer Nützlichkeit verloren und sind weniger häufig, als sie es früher waren.

Jedoch hat der Code den Vertrag der Rentenbestellung mit einigen geringen Modificationen beibehalten.

Das ist zunächst bemerkenswerth, daß die Renten unter dem Titel von dem verzinslichen Darlehen abgehandelt werden.

Art. 1909 sagt: „Man kann Zinsen von einem Capital bedingen, auf dessen Zurückforderung der Darleiher verzichtet."

„In diesem Falle erhält das Darlehen den Namen Rentenkauf, und der bedungene Zins den Namen Rentenzieler."

Die Rentenbestellung ist, im Grunde genommen, eine Art Darlehensvertrag; der Rentenschuldner, wie der Darlehensempfänger erhält ein Capital, von dem er Eigenthümer wird, weil er es bekommt, um darüber zu verfügen, und ferner kann er wie der Anleiher durch Heimzahlung eines ähnlichen Capitals seiner Verpflichtung zur Zinszahlung ein Ende machen.

Der Unterschied liegt darin, daß bei der Rentenbestellung der Veräußerer des Capitals dessen Heimzahlung nie fordern kann, der Schuldner hat es in seiner Hand, diese Heimzahlung zu leisten oder nicht zu leisten. Das Forderungsrecht des Rentengläubigers hat nicht ein Capital, sondern Rentenzieler zum Gegenstande, das Capital non est in obligatione, sed in facultate solutionis.

Bei dem Darlehen dagegen kann der Darleiher früher oder später, nach Ablauf der bestimmten Zeit, die Zurückgabe eines Capitals verlangen; sein Forderungsrecht hat also nicht allein Zinsen, sondern ein Zins tragendes Capital zum Gegenstande.

Da die durch Hingabe eines Capitals in Geld bestellte Rente eine Art verzinslichen Darlehens ist, so gilt dafür das Gesetz vom 3. September 1807, folglich darf der Fuß der Rentenzieler, wie der der Zinsen nicht über 5% resp. 6% steigen.

Zu bemerken ist noch, daß die Zinsen erst dann capitalisirt und Zins tragend werden können, wenn sie verfallen sind und einen Jahresbetrag ausmachen (Art. 1154), während

Rentenzieler dies werden können, wie sie verfallen sind, wenn sie auch weniger als einen Jahresbetrag ausmachen (Art. 1155).

Eine Rente kann auch titulo gratuito durch Schenkung oder Testament bestellt werden; dann hat sie aber mit dem Darlehen Nichts gemein (Art. 1909, 1910, 530. Zach. § 387 und 397 ff.).

b. Von der Rentenablösung.

Der Art. 1911 wiederholt den Grundsatz, daß die bestellte Rente wesentlich ablöslich ist; das Gesetz erachtete es der natürlichen Freiheit und dem öffentlichen Credit zuwiderstrebend, wenn eine Person für sich und ihre Nachfolger einer andern und deren Nachfolgern zur Zahlung jährlicher Revenüen verpflichtet bleiben soll, ohne ein Mittel, sich frei machen zu können.

Da es aber für den Rentengläubiger, der darauf zählte, eine vortheilhafte Capitalanlage von einiger Dauer zu machen, zu hart wäre, gezwungen zu sein, einige Tage später und in einem Augenblicke, wo er sich dessen nicht versieht und keine Gelegenheit zu nutzbringender Anlage hat, das Capital annehmen zu müssen, so gestattet ihm das Gesetz, zu bedingen, daß die Rente während eines bestimmten Zeitraums, der zehn Jahre nicht übersteigen darf, unablöslich sein soll. Hierin weicht der Code vom älteren Rechte ab, welches jedes derartige Geding verbot.

Warum das Gesetz den Zeitraum der bedingbaren Unablöslichkeit gerade auf zehn Jahre als maximum festsetzt, während man beim Darlehen bedingen kann, daß es erst nach fünfzehn, zwanzig, vierzig Jahren heimgezahlt werden soll, dafür läßt sich kein vernünftiger Grund angeben.

Haben die Betheiligten einen Zeitraum festgesetzt, der zehn Jahre übersteigt, so wird dieser auf das gesetzliche Maß reducirt (arg. Art. 1660).

Es kann ferner noch bedungen werden, daß die Ablösung erst dann stattfinden soll, nachdem der Gläubiger so lange vorher benachrichtigt worden ist, als unter den Betheiligten verabredet wurde, m. a. W., es kann eine Kündigungsfrist bestimmt werden (Art. 1911. Zach. § 399).

c. Ausnahmen von der Regel, wonach der Gläubiger die Rückzahlung des Capitals nicht fordern darf.

Der Rentengläubiger, der sein Capital nur hingegeben hat, um sich eine angemessene Forderung von Rentenzielern zu erwerben

und zwar unter der stillschweigenden Bedingung, daß der Schuldner alle seine Verbindlichkeiten getreulich erfülle, muß das Recht haben, sein Capital zurückzufordern, wenn er nicht Alles erhält, was der Schuldner versprochen hatte; demzufolge darf er die Heimzahlung verlangen: — 1. Wenn der Schuldner in zwei Jahren **seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt.**

Dieser Satz ist doppelsinnig. Wörtlich genommen, bedeutet er, daß die Heimzahlung nur dann verlangt werden kann, wenn der Schuldner zwei Jahre hat verstreichen lassen, ohne Renten zu bezahlen, zwei Jahre gerechnet vom Ablauf des ersten Jahres, so daß also die Heimzahlung erst drei Jahre nach der Rentenbestellung begehrt werden kann; man kann nämlich nicht sagen, daß er im ersten Jahre es unterlassen hat, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, denn die Zahlung war noch nicht fällig und erst nach eingetretener Fälligkeit kann man von Nichtvollzug reden.

Diese Auslegung ist allgemein verworfen. Das Gesetz will sagen: die Heimzahlung kann schon aus dem Grunde gefordert werden, daß der Schuldner mit zwei Jahresrenten im Rückstande ist, nur müssen die Jahre auf einander folgen.

Hier wirft sich die Frage auf: Tritt die Auflösung des Rentenvertrags kraft Gesetz durch die einfache Thatsache ein, daß die Zahlung unterbleibt, oder handelt es sich um eine Auflösung, die auf Art. 1184 beruht?

Im ersten Falle muß der Richter die Auflösung aussprechen. Zwar kann er nach Art. 1244 eine Frist zur Heimzahlung des Capitals geben, aber nicht auch für Zahlung der Rentenzieler; so wie er überzeugt ist, daß der Schuldner mit zwei Jahresbeträgen im Rückstande haftet, muß er auf Heimzahlung des Capitals erkennen.

Im anderen Falle kann der Richter die Auflösung vorerst nicht aussprechen und dem Schuldner zur Zahlung der Rentenzieler eine Frist gestatten, so daß die Auflösung gar nicht eintritt, wenn der Schuldner in der gesetzlichen Frist noch zahlt.

Man spricht sich allgemein dafür aus, daß es sich hier nicht um eine einfache Auflösung nach Art. 1184 handelt, indem dieser Artikel ausdrücklich für zweiseitige Verträge gegeben ist und daher auf den Rentenvertrag keine Anwendung finden kann, da dieser ein einseitiger Vertrag ist; es handelt sich vielmehr um ein Ver-

allen für den Schuldner, welches das Gesetz selbst ausspricht und die Gerichte nur in Anwendung bringen.

Eine weitere Frage ist die, ob der Schuldner wenigstens durch eine Aufforderung zum Zahlen in Verzug gesetzt werden muß? Hierüber giebt es drei verschiedene Meinungen:

a. Die Auflösung tritt kraft Gesetzes ein, ohne daß es einer Zahlungsaufforderung bedarf.

b. Es muß unterschieden werden. Wenn die Rente im Wohnsitze des Gläubigers bezahlt werden muß, dann ist die Aufforderung nicht nothwendig, denn der Gläubiger kann sagen: Der Schuldner war verpflichtet, mir die Zieler zu bringen, weil der Vertrag ihm auferlegt, sich in meinem Wohnsitze zu stellen, um mir zu zahlen.

Ist die Rente aber im Wohnsitze des Schuldners zahlbar, dann muß die Aufforderung geschehen, da der Schuldner sagen kann: Warum hat sich der Gläubiger nicht eingefunden? Ich war bereit zu zahlen.

c. Die richtige Ansicht geht dahin, daß die Aufforderung in allen Fällen nothwendig ist, denn das Gesetz hat hier die Regel: dies interpellat pro homine nicht besonders aufgestellt und nach Art. 1139 hat die Aufforderung zum Behufe der in Verzugsetzung immer dann zu geschehen, wenn das Gegentheil nicht ausdrücklich festgesetzt ist. Der Schuldner darf annehmen, daß der Gläubiger, der sein Geld nicht fordert, es nicht braucht, und daß er ihm stillschweigend erlaubt, es noch zu behalten.

— 2. Wenn der Schuldner die zugesagte Sicherheit nicht verschafft, z. B. wenn er sich weigert, die versprochene Hypotheke zu bestellen, und können wir beifügen: Wenn er die im Vertrag gegebenen Sicherheiten zerstört oder vermindert, wenn er z. B. das verpfändete Haus abbricht; — Derjenige, der die geleistete Sicherheit vernichtet, kommt seinen Verbindlichkeiten eben so wenig nach, als der, welcher die versprochene Sicherheit nicht leistet.

Hier tritt die Auflösung nicht kraft Gesetzes ein, wenn der Schuldner sich in der Unmöglichkeit befindet die zugesagte Sicherheit zu leisten; der Gegenstand dieser Verbindlichkeit ist ein vertretbarer, denn man kann ohne Nachtheil für den Gläubiger eine Sicherheit für die andere geben. Wenn hier den Schuldner

kein Verschulden trifft, kann der Richter darauf erkennen, daß er eine andere, als die versprochene Sicherheit leiste.

— 3. Wenn der Schuldner in Gant oder Vermögenszerfall geräth (Art. 1912, 1913. Zach. l. c.).

2. Von den Renten, bestellt durch Hingabe einer Liegenschaft.

Die vorbehaltenen Renten des alten Rechts bildeten ein dingliches Recht, einen Eigenthumstheil, kraft dessen der jeweilige Inhaber der Liegenschaft die Renten zahlen mußte, wenn er es nicht vorzog abzutreten.

Die vorbehaltenen Renten hat der Code abgeschafft, aber nicht in dem Sinne, daß es jetzt verboten wäre, eine Liegenschaft gegen einen Rentenanspruch zu veräußern, sondern nur in dem Sinne, daß dieses früher dingliche Recht jetzt nur noch ein Forderungsrecht begründet, wie wenn die Rente durch Hingabe eines fahrenden Capitals erworben wäre (Art. 530).

Mit dieser Neuerung wollte man: — 1. den Umsatz der Güter erleichtern und — 2. den Anstrich von Feudalität und Vasallenthum beseitigen, den dieses dingliche Recht mit sich brachte, kraft dessen der Veräußerer der Liegenschaft von jedem Besitzer eine jährliche Abgabe verlangen konnte.

Diesen Zweck hat aber der Code nicht vollständig erreicht, die Neuerung liegt mehr in den Worten, als in der Sache. Die Veräußerung einer Liegenschaft gegen eine Rentenforderung ist ein zweiseitiger Vertrag, wobei das Recht der Auflösung dem Veräußerer gegen den Erwerber zusteht, der die Rentenzieler nicht bezahlt; die Klage auf Auflösung nun ist eine dingliche, die gegen Dritte, wie gegen den ersten Erwerber angestellt werden kann; nur können die nicht unmittelbar belangt werden, welche die Liegenschaft vom ersten Erwerber haben. Diesen Letzteren verklagt der Veräußerer zuerst auf Auflösung des Vertrags wegen Nichterfüllung seiner Verbindlichkeiten und wenn die Auflösung ausgesprochen ist, dann vindicirt er die Liegenschaft vom dritten Inhaber. Um zwei Urtheile zu vermeiden, kann man dem Inhaber in dem Proceß auf Auflösung den Streit verkünden, damit in einem Urtheile über die Klage auf Auflösung gegen den ersten Erwerber und die Vindication gegen den Inhaber entschieden wird.

Der ganze Unterschied zwischen der vorbehaltenen Rente im alten und im heutigen Rechte beschränkt sich darauf, daß der

Rentengläubiger nicht mehr direct gegen den dritten Inhaber klagen, daß er ihn nicht zwingen kann, von der Liegenschaft abzutreten, wenn er es nicht vorzieht, die Rentenzieler zu zahlen, er hätte denn vorher gegen Den, mit welchem er den Vertrag geschlossen hat, auf Auflösung geklagt. Der Unterschied liegt mehr im Proceß, als in den Principien und das Gesetz hätte seinen Zweck sicherer erreicht, wenn es aus der Klage auf Auflösung eine persönliche gemacht hätte, die nicht gegen Dritte geht.

Außer dieser Klage auf Auflösung hat der Gläubiger auch noch ein Vorzugsrecht auf die veräußerte Liegenschaft (Art. 2103 [1]).

Die durch Veräußerung einer Liegenschaft, wie die durch Veräußerung eines fahrenden Capitals bestellte Rente zählt zu den *fahrenden* Rechten (Art. 529) und ist wie diese *ablöslich*, wenn sie eine *Erbrente* ist.

Sie ist eine Erbrente, wenn sie für länger als neunzig Jahre oder für mehr als drei Köpfe bestellt wird. Ist sie für weniger als neunzig Jahre, oder nur für drei Köpfe bestellt, dann ist sie keine Erbrente und folglich nicht ablöslich.

Wenn nun die Rente ablöslich ist, wie wird dann die Ablösung bewirkt? Zunächst ist der Schuldner, welcher sich von seiner Verbindlichkeit, die Rentenzieler zu zahlen, frei machen will, nicht gehalten und hat auch nicht das Recht, die erhaltene Liegenschaft selbst zurückzugeben; er macht sich mit einer Geldsumme frei. Welches Capital muß er aber zahlen?

Wir müssen unterscheiden:

— 1. *Die Rentenzieler bestehen in Geld.* — Hier nimmt das Gesetz an, daß die Rente zu dem gesetzlichen Fuße bestellt wurde und die Ablösung geschieht daher auf dem Fuß von 5 %. Man multiplicirt also die jährlich zu zahlende Summe mit 20 und das Resultat giebt das Ablösungscapital.

— 2. *Die Rentenzieler bestehen in Lebensmitteln, Getreide oder Thieren.* — Hier müssen die Rentenzieler zu Geld angeschlagen werden und zwar, da die Preise schwankend sind, nach einem Durchschnittspreise. Man nimmt den Preis von *vierzehn* Jahrgängen, thut die zwei Jahrgänge mit den höchsten und die zwei mit den niedersten Preisen weg, zählt die Preise der zehn übrigen Jahrgänge zusammen, theilt die Gesammtsumme mit 10 und der daraus sich ergebende Quotient

ist der Mittelpreis. Hier wird die Ablösungssumme zu 4% berechnet, also mit 25 multiplicirt.

Außer vielen Aehnlichkeiten, die sie unter sich haben, unterscheiden sich doch die Renten vielfach, je nachdem sie vorbehaltene (durch Veräußerung von Liegenschaften) oder bestellte (durch Hingabe eines Capitals) sind.

Die Hauptunterschiede sind:

Vorbehaltene Renten.	Bestellte Renten.
— 1. Man kann bedingen, daß die Ablösung während eines gewissen Zeitraums, der bis zu dreißig Jahre steigen kann (Art. 530), nicht stattfinden soll. Das Gesetz begünstigt stets das liegenschaftliche Eigenthum.	— 1. Man kann bedingen, daß die Ablösung während eines gewissen Zeitraums, der zehn Jahre nicht übersteigen darf, nicht stattfinden soll (Art. 1911).
— 2. Man kann die Bedingungen der Ablösung festsetzen, d. h. bestimmen, daß der Schuldner, der ablösen will, das und das Capital zahlen soll, über das die Betheiligten sich vereinbaren. Ich gebe Dir z. B. meine Liegenschaft gegen eine jährliche Rente von 5000 F. Wenn nun Nichts über das Ablösungscapital vereinbart ist, so wird es zum Fuß von 5% berechnet und beträgt 100,000 F. Ich kann aber auch bedingen, daß die Ablösung nach einem höheren Fuße geschehen soll, etwa gegen ein Capital von 120,000 oder 125,000 F. Dieses Geding hat Nichts von einer usuraria pravitas an sich, denn das Capital ist der Preis einer Liegenschaft und kein Ge-	— 2. Man kann nicht bedingen, daß das Ablösungscapital nach einem höheren, als dem gesetzlichen Fuße berechnet werden solle, z. B. zu 8%. Jedes entgegenstehende Geding ist als wucherisch nichtig.

Vorbehaltene Renten.

setz verbietet, so theuer als möglich zu verkaufen.

Diese Vereinbarung wäre jedoch nichtig, wenn das festgesetzte Capital so übertrieben wäre, daß es auf der Hand läge, der Gläubiger habe durch diese Stipulation die Ablösung verhindern wollen.

— 3. Der Gläubiger kann die Heimzahlung des Capitals schon dann verlangen, wenn der Schuldner auch nur ein Jahr die Rentenzieler nicht bezahlt hat; er stützt sich auf das gemeine Recht, auf Art. 1184, weil kein Gesetz eine besondere Regel für ihn gegeben hat.

— 4. Wer eine Liegenschaft gegen eine Rentenforderung veräußert, kann als Verkäufer einer Liegenschaft die Auflösung des Vertrags verlangen, wenn sich, den Betrag der Jahresrente mit 20 multiplicirt, ein Preis ergibt, der unter sieben Zwölftel des wirklichen Werths der veräußerten Liegenschaft steht (Art. 1674).

Bestellte Renten.

— 3. Der Gläubiger kann nur dann die Heimzahlung des Capitals wegen Nichterfüllung der Verpflichtungen verlangen, wenn der Schuldner zwei Jahre nacheinander ihnen nachzukommen unterlassen hat (Art. 1912).

— 4. Wer gegen ein fahrendes Capital eine Rentenforderung erwirbt, kann die Auflösung des Vertrags wegen Verkürzung nicht verlangen.

Diese Unterschiede führen uns auf eine Frage, deren Wichtigkeit jetzt leicht ins Auge springt. Nach den Worten des Art. 530 kann man eine Rente gegen Hingabe einer Liegenschaft auf zweierlei Art erlangen. Man kann eine Liegenschaft gegen eine Rente veräußern, z. B. ich gebe Dir eine solche gegen 5000 fl. jährlicher Renten. Die Rentenforderung ist hier die directe Gegenleistung, der Preis der Liegenschaft. Man kann diese aber auch um einen bestimmten Preis, z. B. um 100,000 fl. veräußern

und dann dahin übereinkommen, der Käufer solle den Preis behalten und statt dessen jährlich 5000 fl. Renten zahlen. Hier wird nicht die Liegenschaft, sondern deren Preis in eine Rente umgewandelt. — Das ältere Recht hat beide Fälle unterschieden. Im ersten Falle hieß sie eine vorbehaltene, denn sie war durch Veräußerung einer Liegenschaft erworben; im zweiten war sie eine bestellte, denn sie war durch Veräußerung eines Kaufpreises, eines fahrenden Capitals erworben.

Müssen wir jetzt noch diese beiden Fälle unterscheiden, oder sie auf die gleiche Linie stellen? Wenn die Forderung des Preises nach Abschluß des Kaufvertrags und in besonderem Acte in eine Rente umgewandelt wurde, dann ist es natürlich, daß diese Rente nicht mit derjenigen gleichgestellt werden darf, welche unmittelbar durch Veräußerung der Liegenschaft erworben wird. Es liegen hier zwei ganz verschiedene Geschäfte vor; ein Kaufvertrag, durch den der Eigenthümer der Liegenschaft ein fahrendes Recht, die Forderung des Preises erworben hat und eine Novation, durch welche die Preisforderung in eine Rentenforderung umgewandelt worden ist. Es steht hier eine Rente in Frage, die durch Veräußerung eines fahrenden Capitals bestellt wird.

Diese zwei Fälle können aber verschmolzen werden, wenn im Kaufvertrage selbst die Preisforderung in eine Rentenforderung umgewandelt wird. Der Art. 530 stellt auch wirklich die Rente, welche für den Kaufpreis einer Liegenschaft bestellt wird, derjenigen gleich, welche man als Kaufpreis einer Liegenschaft bestellt. Da wie dort wird die Rente als durch Veräußerung einer Liegenschaft erworben angesehen.

Zweites Kapitel.

Von den Leibrenten.

I. Im Abgemeinen.

Eine Leibrente ist das Recht, während einer gewissen Zeit, gewöhnlich so lange der Gläubiger lebt, Zinsen von einem Capital zu beziehen, welches weder vom Gläubiger beigetrieben, noch vom Schuldner heimbezahlt werden kann.

Sie zählen wie die Erbrenten zu den fahrenden Rechten. Sie begründen ein für sich bestehendes Recht, das bürgerliche

Früchte trägt. So behält z. B. der Nutznießer einer Leibrente alle Zieler, die er bezogen, als volles Eigenthum und hat am Ende seiner Nutznießung nur das Recht, künftig verfallende Rentenzieler zu beziehen, herauszugeben (Art. 584, 588, 1401², 1568).

Die Zieler der Leibrenten wie die der Erbrenten verjähren in fünf Jahren (Art. 2277), während das Recht selbst, wie bei den Erbrenten, erst in dreißig Jahren verjährt (Art. 2262).

II. Vom Erwerb oder der Bestellung der Erbrenten.

Dies kann titulo oneroso und titulo gratuito geschehen.

1. Von der Bestellung unter belastetem Rechtstitel.

Eine Leibrentenforderung kann titulo oneroso durch Veräußerung einer Geldsumme, einer andern Fahrniß oder einer Liegenschaft erworben werden.

Die Bestellung einer Leibrente durch ein bestimmtes Fahrniß- oder Liegenschaftsstück ist ein reiner Consensualvertrag, denn in unserem Rechte ist die Tradition zum Eigenthumsübergang nicht mehr erforderlich. Ich verspreche Dir das Eigenthum meiner Liegenschaft und Du verpflichtest Dich, mir als Gegenleistung 5000 fl. Renten so lange ich lebe zu zahlen: mit diesem Augenblicke ist die Rente bestellt; von diesem Augenblicke an schuldest Du mir die Rentenzieler, denn von da an bist Du Eigenthümer meiner Liegenschaft, wenn auch die Tradition noch nicht stattgefunden hat.

Die Bestellung einer Leibrente durch eine Geldsumme oder eine nur der Gattung nach bestimmte Fahrniß ist ein Realvertrag, denn hier ist die Tradition nothwendig, um auf denjenigen, welcher die Rentenzahlung verspricht, das Eigenthum des Capitals zu übertragen.

Jedoch kann ganz füglich die Bestimmung getroffen werden, daß die Rentenzieler schon vor der für die Tradition des Capitals festgesetzten Zeit bezahlt werden sollen. Dieses Geding ist bei der Leibrente wegen ihres Charakters als Glücksvertrag erlaubt; es macht den Vertrag nicht zu einem wucherischen, denn der, welcher die Rentenzahlung vor Erwerb des Capitals zusagt, erhält dagegen die Möglichkeit, bei baldigem Tode des Gläubigers das Capital bald zu gewinnen.

Dagegen ist ein solches Geding bei Erbrenten, die durch eine Geldsumme bestellt werden, ungültig; die Uebereinkunft ist als eine wucherische nichtig, wenn die vor der Tradition bezahlten Rentenzieler mit den nachher bezahlten zusammen den gesetzlichen Zinsfuß übersteigen.

Aus dem Grundsatz, daß die Bestellung einer Leibrente titulo oneroso ihrem Wesen nach ein Glücksvertrag ist, folgt:

— 1. Daß der Theil, welcher sein Capital veräußert, sich Rentenzieler bedingen kann, die den gesetzlichen Fuß übersteigen, z. B. 10, 20, 50 % (Art. 1976). Wenn die Person, deren Lebensdauer die Dauer der Rente bestimmt, kurz nach der Bestellung mit Tod abgeht, dann hat der Schuldner den Gewinn, er hat an Rentenzielern einen geringen Betrag bezählt im Verhältniß zu dem Capital, das er empfängt und das ihm bleibt; lebt sie lange, dann hat der Gläubiger im umgekehrten Verhältniß den Vortheil.

Wie muß man aber entscheiden, wenn die Rente den gesetzlichen Fuß nicht übersteigt? wenn z. B. ein Capital von 100,000 fl. gegen eine Leibrente von 5000 fl. veräußert wurde — ist das nicht eine Schenkung des Capitals? Nein, der Vertrag ist immer noch titulo oneroso abgeschlossen und bleibt ein Glücksvertrag, denn man legt sein Geld nicht immer zu 5 % an, sondern oft zu 4 oder 3 %. Daraus folgt, daß, wenn ich hoffen darf, lang zu leben, ich ein Interesse haben kann, mein Capital gegen eine Leibrente von 5 % zu veräußern. Ich habe dann 3 oder 4 % Zins von meinem Gelde und 2 oder 1 % als Gewinnsatz.

Wenn jedoch der Gewinnsatz nicht ernstlich gemeint ist, z. B. wenn eine sehr alte und kranke Person ein Capital von 100,000 fl. gegen eine jährliche Rente von 3000 fl. hingibt, dann ist der Vertrag eine versteckte Schenkung des Eigenthums am Capital. Diese Schenkung ist aber trotzdem gültig, denn es ist Grundsatz, daß Geldsummen und andere bewegliche Sachen durch die bloße Uebergabe gültig verschenkt werden können, ohne daß darüber eine öffentliche Urkunde aufgenommen zu werden braucht, in welcher die Annahme Seitens des Beschenkten ausdrücklich erwähnt ist. Sie kann nur wegen Rechtsunfähigkeit umgestoßen werden.

— 2. Daß die Veräußerung einer Liegenschaft gegen eine Leibrente nicht wegen Verletzung über sieben Zwölftel angefochten werden kann. Die Möglichkeiten können nicht taxirt werden.

Wenn die Liegenschaft aber gegen eine Rente veräußert wird, die den wahrscheinlichen Jahresertrag derselben nicht übersteigt, behält dann der Vertrag seinen Charakter als Glücks- und belasteter Vertrag? Allerdings; man kann nicht dagegen einwenden, daß die Rente nur die Nutznießung ist, daß das Eigenthum an der Liegenschaft ohne Preis, folglich titulo gratuito veräußert worden ist. Diese Schlußfolgerung ist unrichtig. Die Rente ist mehr als bloße Nutznießung, was schon daraus folgt, daß, wenn die Liegenschaft auch zu Grunde geht, die Rente doch fortgeleistet werden muß. Es bleibt also doch immer noch ein Gewinnsatz, der eine Aufhebung des Vertrags wegen Verletzung nicht zuläßt.

Dies ist jedoch nur dann wahr, wenn wirklich ein Gewinnsatz vorhanden ist. Wenn die Rente der Art ist, daß der Rentenschuldner keine ernste Gefahr läuft, z. B. wenn der Veräußerer sehr alt und die Liegenschaft einer Gefahr wenig ausgesetzt ist, wie ein Acker, dann kann man nach den Umständen in dem Geschäfte einen Verkauf unter dem Preise sehen, der wegen Verletzung aufgehoben werden kann, oder eine versteckte Schenkung, die wegen Mangel der Einhaltung der vorgeschriebenen Formen nichtig ist.

Anfügen müssen wir noch, daß mehrere Rechtsgelehrten der Ansicht sind, daß sogar liegenschaftliche Schenkungen, die unter dem Schein eines belasteten Vertrags gemacht werden, Gültigkeit haben, wenn sie nur nicht zur Gefährde, d. h. wenn sie nicht an eine unfähige Person oder um das Gesetz über den Pflichttheil zu umgehen, gemacht sind (Art. 1968, 1969. Zach. § 388).

— 3. Daß die Bestellung einer Leibrente nichtig ist, wenn sie auf das Leben einer bereits gestorbenen Person gestellt ist. — Der Besteller veräußert sein Capital, um eine Rentenforderung zu erwerben, eine Glücksforderung, die heute oder morgen schon erlöschen, aber auch eine lange Reihe von Jahren dauern kann. Im vorliegenden Falle ist diese Glücksforderung gar nicht erworben worden, sie hat keinen Augenblick bestanden, die Veräußerung des Capitals ist also wegen mangelnden Rechtsgrundes nichtig.

Das Gesetz geht noch weiter und erklärt den Vertrag auch dann für nichtig, wenn die Rente auf das Leben einer Person gestellt ist, die beim Vertragsabschluß schon von einer Krankheit behaftet war, in Folge deren sie in den nächsten zwanzig Tagen

gestorben ist. Der Rentenschuldner erhält das Capital als Aequivalent für die Möglichkeit zu verlieren, eine Möglichkeit, die im vorliegenden Falle eigentlich gar nicht existirte, weil die betreffende Person schon an einer Krankheit darnieder lag, an welcher sie sterben mußte und so ist auch hier der Vertrag wegen mangelnden Rechtsgrundes nichtig.

Damit dieses aber eintritt, ist dreierlei erforderlich: — 1. muß die Person, auf deren Kopf die Rente gestellt ist, im Augenblick des Vertragsabschlusses krank sein; — 2. muß sie an der nämlichen Krankheit sterben; — 3. muß sie innerhalb zwanzig Tagen sterben.

Nach Pothier gab es noch ein weiteres Erforderniß, nämlich die Krankheit mußte dem Besteller unbekannt sein. Nach ihm lag dann ein wesentlicher Irrthum vor, der dem Bestande des Vertrags schadete. Dagegen hielt Pothier den Vertrag aufrecht, wenn der Rentenbesteller um die Krankheit wußte. Unser Gesetzbuch unterscheidet nicht: der Vertrag ist auch in dem Falle nichtig, wo die Krankheit bekannt war, sofern nicht die Absicht des Bestellers am Tage liegt, eine Freigebigkeit zu machen; diese wird dann aufrecht erhalten, wenn das geleistete Capital in Geld oder Fahrnissen bestand und wenn der, der es empfing, fähig war, vom Besteller titulo gratuito zu empfangen.

Der Vertrag ist auch dann nichtig, wenn die Lebensdauer des Bestellers, des Rentengläubigers als Dauer der Rente genommen worden ist. Zwar mußte ihm die Krankheit, an der er litt, bekannt sein, das schadet aber nichts, die Nichtigkeit ist hier unabhängig von dem Irrthum der Betheiligten, sie beruht auf dem Mangel eines Rechtsgrundes. Ferner wäre der Irrthum auch in diesem Falle möglich, denn es ist allbekannt, daß diejenigen, welche dem Tode am nächsten sind, es fast immer nicht wissen.

War die Rente auf mehrere Köpfe gestellt, so wird sie nicht dadurch nichtig, daß Einer beim Vertragsabschlusse krank war und innerhalb zwanzig Tagen gestorben ist. In diesem Falle hat die Veräußerung des Capitals einen Rechtsgrund, weil dem Besteller die Möglichkeit bleibt, zu gewinnen. Sogar sein Irrthum, wenn er in einem solchen befangen war, kann die Nichtigkeit nicht begründen; es ist kein wesentlicher Irrthum. Zwar konnte er einen Grund abgeben, daß man die Rente niedriger griff, aber die Verletzung ist hier kein Auflösungsgrund (Art. 1974, 1975. Zach. l. c.).

— 4. **Daß der Besteller nicht wegen unterbliebener Zahlung der Rentenzieler die Auflösung des Vertrags verlangen kann.** — Es ist dies eine Aweichung von der Regel des Art. 1184, die sich durch die vorwiegende Glücksnatur des Leibrentenvertrags rechtfertigt. Sobald die Rente einmal existirte, ist der Stand der Dinge nicht mehr unverrückt und es ist unmöglich, den früheren Stand wiederherzustellen. Dem Rentenschuldner, der schon schlimme Erfahrungen gemacht hat, muß die Hoffnung auf gute bleiben. Es wäre unbillig, ihm diese zu nehmen und das wäre der Fall, wenn der Vertrag aufgelöst würde. Da jedoch das Recht des Gläubigers in Gefahr ist, wenn der Schuldner nicht bezahlt, so hilft ihm das Gesetz damit, daß es ihm gestattet, so viel Güter des Schuldners zu nehmen, als nöthig sind, um Zinsen abzuwerfen, die den Rentenzielern gleich sind. Die Summe, die aus dem Verkaufe der gepfändeten Güter erzielt wird, wird angelegt und der daraus fallende Zins dient als Rente.

Hat der Schuldner nicht genug Vermögen, um den Gläubiger sicher zu stellen, dann kann dieser die Auflösung des Vertrags verlangen, indem er sich auf Art. 1977 stützt, der die Auflösung ausspricht, wenn der Schuldner die Sicherheiten nicht leistet, welche er zu leisten verpflichtet ist. Die Auflösung wird aber nur für die Zukunft ausgesprochen. Der Gläubiger hat also nur Anspruch auf Zahlung eines Capitals, das nach der wahrscheinlichen Rentendauer zu berechnen ist (Art. 1978. Zach. § 390).

— 5. **Daß der Schuldner sich von seiner Pflicht zur Rentenzahlung nicht dadurch frei machen kann, daß er sich zur Rückzahlung des empfangenen Capitals bereit erklärt und auf Ersatz der schon bezahlten Rentenzieler verzichtet.** So schwer ihm die Rentenzahlung fallen mag, er muß sich ihr unterziehen. Er kann vielleicht zu Grunde gehen, vielleicht kann er aber auch reich werden. Mit einem Worte, er muß den Vertrag halten (Art. 1979. Zach § 389).

2. Von der Bestellung unter unentgeltlichem Rechtstitel.

Eine Leibrente kann durch Schenkung unter Lebenden, oder durch Testament bestellt werden.

Eine unentgeltlich bestellte Rente hat keine Aehnlichkeit mit dem Darlehen.

Wurde sie durch Testament bestellt, dann haben wir nicht einmal einen Vertrag.

Geschah es durch Schenkung, dann haben wir zwar einen Vertrag, aber keinen Glücksvertrag (Art. 1969. Zach. § 388).

Eine Leibrente, die durch Testament oder Schenkung bestellt wird, ist wie jede andere Freigebigkeit wegen mangelnder Rechtsfähigkeit nichtig, wegen nachkommender Kinder, Undankbarkeit und Nichterfüllung der Bedingungen widerruflich, wenn sie einem Erben bestellt wird, der Einwerfung, und wenn sie den Freitheil überschreitet, der Minderung unterworfen.

Wie erfährt man aber, ob die Rente den Freitheil überschreitet? Ein Erblasser, der ein Kind und 60,000 fl. hat, vermacht 2000 fl. als Leibrente: ist nun der Freitheil, der hier 30,000 fl. beträgt, überschritten? Es ist dies sicherlich nicht der Fall, wenn der Rentengläubiger nur noch ein oder zwei Jahre lebt; er kann aber auch fünfzig und achtzig Jahre leben und dann ist der Freitheil ohne Zweifel überschritten. Da nun der Todestag unbekannt ist, so ist die Beantwortung der Frage fast unmöglich. Aus dieser Schwierigkeit zieht sich das Gesetz, indem es dem Vorbehaltserben sagt: Du bist Richter, prüfe und rechne. Wenn Du glaubst, der Rentengläubiger stirbt bald, dann zahle die Rente, andernfalls gebe ihm den Freitheil zu Eigenthum hin (Art. 917).

Jedoch ist es nicht immer möglich, eine Schätzung zu vermeiden. Wenn der mit der Leibrente Bedachte mit anderen Vermächtnißnehmern zusammentrifft, dann muß die Minderung bei allen Vermächtnißnehmern nach dem Kreuzer auf den Gulden gemacht werden und dann fällt die Werthbestimmung der Rente nothwendig, weil ohne diese eine verhältnißmäßige Minderung unmöglich wäre. Der Werth wird annähernd nach den Umständen, dem Alter und der Gesundheit der Person festgesetzt, von deren Leben die Dauer der Rente abhängt (Art. 1970. Zach. § 388).

Die Bestellung einer Leibrente kann *ihrem Wesen nach* unentgeltlich sein, während sie es *den Formen nach nicht* ist. Ich meine den Fall, wo sie zu Gunsten eines Dritten bestellt wird und zwar als Bedingung in einem belasteten Vertrag, den man für sich selbst abschließt. Diesen Fall hat der Art. 1973 im Auge, wenn er sagt, die Rente kann zu Gunsten eines Dritten bestellt werden, für den ein Anderer den Preis zahlt. Ich verkaufe Dir z. B. mein Haus, wofür Du mir 10,000 fl. zahlst und

außerdem noch dem Paul eine Leibrente von 500 fl. entrichtest; oder ohne für mich etwas zu bedingen: ich verkaufe Dir mein Haus, wogegen Du dem Paul eine Leibrente entrichtest. In beiden Fällen biete ich dem Paul als Freigebigkeit eine Leibrente an und doch ist die Annahme durch Paul den Formen nicht unterworfen, welche für Annahme von Schenkungen erforderlich sind: sie kann in einer Privaturkunde und sogar stillschweigend, z. B. durch die Thatsache des Einziehens der Rentenzieler, geschehen. Die Formen sind hier nicht nöthig, weil die Freigebigkeit nur die Nebensache, die Bedingung eines andern Hauptvertrags ist, der sich als reiner Consensualvertrag darstellt (Art. 1121).

Wenn diese Leibrente auch ihren Formen nach keine Freigebigkeit ist, so ist sie es doch ihrem Wesen nach; sie ist also wegen mangelnder Rechtsfähigkeit nichtig, wegen nachkommender Kinder, Undank oder Nichterfüllung der Bedingungen widerruflich, wenn sie an einen Erben geschah, der Einwerfung und, wenn sie übermäßig ist, der Minderung unterworfen.

So lange die Leibrente von Paul, zu dessen Gunsten sie bedungen wurde, nicht angenommen ist, kann ich das Anerbieten zurückziehen und mir die Rente selbst zueignen, sofern der Käufer kein rechtliches Interesse daran hat, daß gerade der Paul die Rente ziehen soll, wie dies z. B. der Fall wäre, wenn der Käufer der Vater oder Sohn des Pauls ist (Art. 1973. Zach. § 388).

III. Auf wessen Kopf eine Leibrente bestellt werden kann.

Wenn man sagt, eine Rente ist auf den Kopf einer Person gestellt, so will damit nicht ausgedrückt werden, daß diese Person ein Recht auf die Rentenzieler hat; man sagt damit, das Leben dieser Person bestimmt die Dauer der Rente, die Rente erlöscht mit dem Tode dieser Person.

In der Regel ist sie auf den Kopf desjenigen gestellt, der die Rentenzieler zu ziehen hat, also auf den Kopf des Gläubigers; sie kann aber auch auf den Kopf des Schuldners oder eines Dritten gestellt werden, der der Rente ganz fremd ist.

Endlich kann sie auch auf mehrere Köpfe so gestellt werden, daß sie bei jedem Todesfalle zum Theil erlöscht oder auf den Kopf der Ueberlebenden übergeht, bis alle gestorben sind. Die Frage, ob eine ohne weiteren Zusatz auf mehrere Köpfe gestellte Rente auf die Ueberlebenden übergehen soll oder nicht, muß im

einzelnen Fall nach den Umständen entschieden werden (Art. 1971, 1972. Zach. l. c.).

IV. Ob Leibrenten so bestellt werden können, daß sie dem gerichtlichen Zugriff entzogen sind.

Eine Leibrente, die unter belastetem Rechtstitel bestellt wird, kann nicht für unangreifbar erklärt werden, denn sonst könnte ein Schuldner das Pfand seiner älteren Gläubiger beseitigen, während er für sich ein Vermögen behält und die späteren Gläubiger durch den falschen Schein eines Credits, den er nicht verdient, betrügen. Man würde sich dadurch auch thatsächlich in die Unmöglichkeit setzen, Schulden zu machen, und Niemand kann sich selbst die Befugniß entziehen, sich zu verpflichten.

Würde sie unter unbelastetem Rechtstitel bestellt, dann kann sie für unangreifbar erklärt werden, denn das schadet den Gläubigern des Empfängers der Rente nicht, weil sie in Nichts ihr Pfand mindert. Sie können nicht auf eine Freigebigkeit rechnen, die ihnen gegen den Willen des Geschenkgebers nützen soll.

Das Geding der Unangreifbarkeit wird sogar hinzugedacht, wenn die Rente ausdrücklich zu dem Zwecke bestellt wird, um zur Ernährung des Rentenempfängers einen Beitrag zu leisten (Art. 581 [4]. C. de pr.).

Die für unangreifbar erklärte Rente kann trotzdem von Gläubigern mit Beschlag belegt werden, die jünger sind, als die Schenkung oder der Anfall des Vermächtnisses, jedoch nur mit der Genehmigung des Richters und bis zu dem Betrag, den er festsetzt (Art. 582. C. de pr.).

Eine zu Alimenten geschenkte oder vermachte Rente kann wegen Alimenten mit Beschlag belegt werden (Art. 582 C. de pr. Art. 1981. Zach. § 388).

V. Von den Wirkungen der Leibrenten unter den Vertrags-Personen.

Der Schuldner muß:

— 1. Alle bedungenen Sicherheiten leisten. Kommt er dieser Verbindlichkeit nicht nach, stellt er z. B. keinen Bürgen oder kein Unterpfand, dann kann der Gläubiger die Auflösung des Vertrags und mithin die Rückzahlung des Capitals verlangen. Der Gläubiger behält die bis zur Auflösung bezahlten Rentenzieler, wenn sie auch den Zins weit übersteigen, welchen

der Schuldner aus dem Capitale während der Zeit seines Genusses ziehen konnte. Der Ueberschuß über die gesetzlichen Zinsen wurde nicht sine causa bezahlt, denn der Gläubiger schwebte bis zum Augenblick der Auflösung in Gefahr, den Preis der Rente zu verlieren und der Ueberschuß der Renten über den gesetzlichen Zins ist das Entgelt für diese Gefahr.

Die Auflösung tritt nicht kraft Gesetzes durch die Thatsache der Nichtleistung der Sicherheiten ein; der Richter kann dem Schuldner zu deren Stellung eine angemessene Frist setzen.

Die Rente besteht also fort, bis durch ein Urtheil die Auflösung ausgesprochen ist. Daraus folgt: — a. Daß der Schuldner das Capital behält, wenn die betreffende Rente durch den Tod der Person, auf die sie gestellt ist, erlöscht, ehe der Richter die Auflösung ausgesprochen hat; der Auflösung fehlt der Grund; — b. daß die Auflösung nicht ausgesprochen wird, wenn die Sicherheit nach der Klage, aber vor dem Urtheil gestellt wird; jedoch muß der Schuldner hier die Kosten zahlen, da er sie veranlaßt hat; — c. daß, wenn das Urtheil appellabel ist, der Schuldner auch noch in zweiter Instanz die Sicherheit leisten kann, denn das Obergericht hat den Stand der Dinge zu nehmen, wie er sich bei der Urtheilsfällung darstellt.

Alles, was bis jetzt von dem gesagt wurde, der die bedungene Sicherheit nicht stellt, findet auch auf den Anwendung, der die gestellte Sicherheit vermindert oder ganz beseitigt, denn zwischen Beiden ist kein Unterschied (Art. 1188).

— 2. Die Rentenzieler so lange zahlen, als die Rente dauert, so unbequem und schwer es ihm auch fallen mag. Die Nichtzahlung der Rentenzieler ermächtigt den Gläubiger nicht, die Auflösung des Vertrags zu fordern; er kann nur auf das Vermögen des Schuldners greifen und von dem Erlöse eine Summe anlegen lassen, deren Zinsen dem Rentenbetrage gleichkommen (Art. 1977. Zach. § 390).

Die Rentenzieler als bürgerliche Früchte werden Tag um Tag erworben; der Gläubiger hat sie also nur anzusprechen nach Verhältniß der Zahl der Tage, welche die Person lebte, auf deren Kopf die Rente gestellt war; sofern nicht bedungen, daß vorausbezahlt werden muß, wo dann der Termin, in den man beim Erlöschen der Rente eingetreten ist, vollständig gewonnen wird (Art. 1980. Zach. § 390).

VI. Vom Erlöschen der Leibrente.

Die Leibrente erlöscht durch den Tod der Person oder der Personen, auf deren Kopf sie gestellt ist.

Da die Leibrente vom Leben der Person, auf die sie gestellt ist, abhängt, so muß der Gläubiger, wenn er die Zieler verlangt, beweisen, daß die betreffende Person am Verfalltage noch gelebt hat.

Dieser Beweis wird gewöhnlich durch einen Lebensschein geliefert, den der Gerichtspräsident oder der Maire nach dem Gesetz vom 27. März 1791 ausstellt. Jedoch genügen auch andere Beurkundungen, z. B. von einem Notare (Art. 1982, 1983. Zach. § 389 und 390).

VII. Unterschied zwischen Erb- und Leibrenten.

— 1. Jene gehen activ und passiv auf die Erben über, diese erlöschen mit dem Tode des Gläubigers, wenn sie auf seinen Kopf gestellt sind.

— 2. Jene sind ablöslich, diese nicht.

— 3. Erbrenten, gegen ein fahrendes Capital bestellt, können nur zum gesetzlichen Zinsfuß bestellt werden; die Leibrenten sind nicht daran gebunden.

— 4. Erbrenten können wegen Nichtzahlung der Zieler aufgelöst werden, die Leibrenten aus diesem Grunde nicht.

Elfter Titel.

Von der Hinterlegung und der Sequestration.

Erstes Kapitel.

Von der Hinterlegung im Allgemeinen und den verschiedenen Arten derselben.

Die Hinterlegung im Allgemeinen ist ein Act, durch welchen man eine fremde Sache empfängt, um sie aufzubewahren und im Stücke zurückzugeben.

Die Hinterlegung zerfällt in Hinterlegung im engeren Sinne und in Sequestration. Jene ist das Werk der Betheiligten, ist ein

Vertrag; diese ist die Niederlegung einer streitigen Sache in die Hände eines Dritten, der sich verpflichtet, sie bis zu Ende des Streites aufzubewahren und sie dem auszufolgen, der für den Herrn derselben erklärt wird. Diese Niederlegung ist entweder vereinbart oder gerichtlich angeordnet (Art. 1955). Dort ist die Sequestration ein Vertrag, hier ein gerichtlicher Act (Art. 1915, 1916. Zach. § 400).

Zweites Kapitel.

Von der Hinterlegung im engeren Sinne.

I. Abschnitt.

Von der Natur und dem Wesen derselben.

Die Hinterlegung im engeren Sinne ist ein Vertrag, wodurch eine Person eine bewegliche Sache einer anderen übergibt, die, ohne einen Lohn zu bedingen, sie wie ihre eigene Sache zu bewahren und sie auf Verlangen sofort im Stücke zurückzugeben verspricht.

„Uebergibt. . ." Die Hinterlegung ist also ein Realvertrag, der erst durch Tradition der Sache zu Stande kommt. Ich verspreche, Deine Sache zur Aufbewahrung zu übernehmen; dadurch bin ich gebunden, denn in unserem Gesetze gilt die Regel: solus consensus obligat; wenn ich mich also weigere, die Sache anzunehmen, so hast Du ein Recht auf Entschädigung. Diese verbindende Uebereinkunft, dieser unbenannte Vertrag ist nicht der Hinterlegungsvertrag, der erst durch Uebergabe der Sache zu Stande kommt; — die Verbindlichkeit, diese Sache zu erhalten und zurückzugeben, setzt nothwendig voraus, daß man sie hat. Jedoch genügt eine fingirte Uebergabe, wenn der Depositar aus einem anderen Rechtstitel schon im Besitze ist, z. B. als Miether, Entleiher oder Verkäufer.

„Eine bewegliche Sache . ." Unbewegliche Sachen können nicht Gegenstand einer Hinterlegung sein; eine Sache deponiren, heißt, sie bei Jemanden zu dem Zwecke niederlegen, um sie finden zu können, wenn man sie braucht und bei einer Liegenschaft ist man sicher, sie immer zu finden. Ich kann zwar Jemanden die Sorge über eine Liegenschaft übergeben, ihm aufgeben, Acht darauf

zu haben, sie ausbessern zu lassen 2c.; das ist dann aber ein Auftragsvertrag.

„Der verspricht . . ." Der Depositar verpflichtet sich, die hinterlegte Sache zu bewahren und zurückzugeben; der Hinterleger dagegen verspricht Nichts, verpflichtet sich nicht. Es kann vorkommen, daß er zu etwas gehalten ist, z. B. wenn der Depositar für die Erhaltung der hinterlegten Sache Ausgaben gehabt hat; aber diese Verbindlichkeit entspringt nicht unmittelbar aus dem Vertrag, sondern aus einem späteren Vorgange, der darauf Bezug hat: die Hinterlegung ist die Gelegenheit zu dieser Verbindlichkeit, aber nicht deren Erzeuger. Auch gehört sie zu den einseitigen Verträgen und es genügt eine einfache darüber aufgenommene Privaturkunde.

„Ohne einen Lohn zu bedingen. . ." Dieser Vertrag ist nach Art. 1917 **wesentlich** unentgeltlich; jedoch spricht Art. 1928, Ziff. 2 von einer bezahlten Hinterlegung. Kann man daraus nun schließen, daß die Hinterlegung nur **gewöhnlich** unentgeltlich ist? Nein. Die Bedingung eines Lohns macht die Hinterlegung zu einer Miethe von Arbeitsthätigkeit, wie dies schon Pothier sagte (Art. 1917—1920. Zach. § 401).

„Sie zu bewahren. . ." Der Gegenstand des Vertrags ist die Bewahrung der Sache; zu diesem Zwecke allein wurde sie dem Depositar überliefert; dieser hat kein Recht, sich derselben zu bedienen.

Er kann es dann thun, wenn er vom Hinterleger dazu ermächtigt ist. In diesem Falle bleibt der Vertrag so lange Hinterlegung, als der Depositar sich der Sache nicht bedient; bis dahin hat er auf die Sache nur die Sorgfalt zu verwenden, die er auf die seinigen zu verwenden pflegt. Wie er die Sache gebraucht, gestaltet sich der Vertrag um und zwar in die Leihe, wenn der gewährte Gebrauch die Sache nicht aufbraucht, wo er dann alle Sorgfalt eines guten Hausvaters auf die Erhaltung verwenden muß; oder in ein Darlehen, wenn sie aufgebraucht wird; hier steht dann die Sache auf seine Gefahr. Jedoch bleibt dieser Leihvertrag nach einer Seite immer eine Hinterlegung, denn die Zurückgabe kann jeden Augenblick, auch vor Ablauf der bestimmten Zeit, gefordert werden. Man kann diesen Vertrag als einen unbenannten bezeichnen, der etwas von der Hinterlegung und von der Leihe an sich hat.

Die Ermächtigung, sich der Sache zu bedienen, kann ausdrücklich oder stillschweigend gegeben werden. Die stillschweigende Ermächtigung wird leicht unterstellt, wenn die Sache zu denen gehört, die durch Nichtgebrauch schlechter werden; dagegen schwer, wenn die Sache auch bei mäßigem Gebrauch abnimmt und ganz schwer, wenn sie durch den ersten Gebrauch aufgebraucht wird (Art. 1930. Zach. § 403).

„Wie seine eigene Sache zu bewahren . .“ Der Depositar hat also auf Erhaltung der hinterlegten Sache nur die Sorgfalt zu verwenden, welche er auf seine eigene zu verwenden pflegt. Daraus folgt, daß, wenn er in seinen Angelegenheiten nachlässig und ungeschickt ist, der Hinterleger nicht von ihm die Sorgfalt eines guten Hausvaters verlangen kann. Er muß es sich selbst zuschreiben, wenn er seine Sache einer unwissenden, ungeschickten Person anvertraut hat. Wenn dies bei der Leihe sich anders verhält, so kommt das daher, weil der Entleiher einen Dienst erwiesen bekommt, während der Depositar einen solchen erweist.

Zwar verlangt das Gesetz vom Mandatar, der dem Mandanten doch auch einen Dienst leistet, die Sorgfalt eines guten Hausvaters, aber das geschieht deshalb, weil der, welcher die Besorgung eines Geschäfts übernimmt, sich damit als geschäftskundig hinstellt, während der Depositar nichts Besonderes, vielmehr nur das verspricht, die Sache wie seine eigene zu behandeln.

Nach diesen Regeln läßt sich folgende Frage beantworten:

Wenn eine eigene Sache des Depositars mit der deponirten in Gefahr kommt, in welcher nur eine zu retten ist und dieser rettet die seinige, haftet er dann für den Verlust der deponirten Sache, findet Art. 1882 auf ihn Anwendung?

Die verneinende Antwort ist nicht zweifelhaft, wenn die gerettete Sache die kostbarere war, denn da handelte der Depositar wie jeder gute Hausvater.

Die gleiche Antwort müssen wir auch dann geben, wenn die Sachen von gleichem Werthe sind, denn es steht nirgends geschrieben, daß der Depositar sein Interesse dem des Hinterlegers nachsetzen soll.

War seine eigene gerettete Sache aber die geringere, dann ist er haftbar. Denn, wenn beide Sachen sein Eigen gewesen wären, so hätte er die bedeutendere gerettet und er muß auf die

deponirte Sache die Sorgfalt verwenden, die er auf die seinige zu verwenden pflegt.

Muß er in diesem Falle den vollen Werth der untergegangenen Sache ersetzen? Nein. Er sagt dem Hinterleger: wenn ich Deine Sache mit Aufopferung der meinigen gerettet hätte, so wärest Du verpflichtet, mir den Werth des Opfers zu ersetzen, weil Du mir nach Art. 1927 allen Verlust zu vergüten hast, den ich wegen Erhaltung der deponirten Sache erleide; wenn ich nun Deine Sache zu Grunde gehen lasse, so veranlasse ich Dir nicht mehr Verlust, als was Deine Sache mehr Werth war als die meinige; ich schulde Dir also nur diesen Mehrwerth (Art. 1927. Zach. § 403).

Mit der Verantwortlichkeit des Depositars muß es in folgenden Fällen besonders streng genommen werden:

— 1. Wenn er sich selbst zur Annahme der Hinterlegung erboten hat; indem er dadurch den Hinterleger möglicher Weise gehindert hat, seine Sache einem Sorgsameren anzuvertrauen.

— 2. Wenn er eine Belohnung erhält, denn da ist der Vertrag mehr eine Miethe der Arbeitsthätigkeit im Interesse beider Theile, als eine Hinterlegung, die im ausschließlichen Interesse des Hinterlegers gemacht wird.

— 3. Wenn die Hinterlegung einzig im Interesse des Depositars bewirkt wird, wenn ich z. B. beim Antritt einer Reise meine Bibliothek bei einem Freunde deponire und ihm deren Benützung gestatte.

— 4. Wenn ausdrücklich bedungen wurde, daß der Depositar für jede Art von Vernachlässigung haften solle (Art. 1928. Zach. l. c.).

„Sie im Stücke zurückzugeben . . .“ Er muß die Sache zurückgeben, welche den Gegenstand der Hinterlegung bildet. Wenn diese Sache ohne sein Verschulden zu Grunde geht, so erlöscht seine Verbindlichkeit, weil ihr der Gegenstand fehlt: Debitor rei certae interitu ejus liberatur.

Es trägt also der Hinterleger als Eigenthümer die Gefahr der Sache und der Depositar gibt sie in dem Stande zurück, in welchem sie sich in dem Augenblick befindet, wo die Rückgabe gefordert wird.

Jedoch hat der Depositar den Verlust zu tragen, wenn er zu einer Zeit eintrat, wo er bezüglich der Rückgabe in Verzug

gesetzt war, sofern er nicht beweisen kann, daß die Sache auch bei dem Hinterleger zu Grunde gegangen wäre (Art. 1302)

Der bezahlte Depositar kann in ausdrücklicher Uebereinkunft den Zufall auf sich nehmen (arg. Art. 1772). Der Nichtbezahlte kann dies auch thun; da aber hier das Gedinge nichts Anderes ist, als eine eventuelle Freigebigkeit, so muß darüber ein Notariatsact aufgenommen und darf es nur zu Gunsten einer Person gesetzt werden, die fähig ist, titulo gratuito zu empfangen ... (Art. 1932. Zach. l. c.).

„Auf Verlangen sofort. . .“ Wenn weder ausdrücklich, noch stillschweigend ein Zeitpunkt festgesetzt ist, dann kann der Depositar wie der Hinterleger jeden Augenblick auf Rückgabe dringen, jedoch darf der Hinterleger nicht eine unmittelbare Rückgabe verlangen, wenn sich die Sache wo anders befindet, als wo diese geschehen soll und der Depositar nicht eine restitutionem intempestivam bewirken.

Ist ein Zeitpunkt festgesetzt, dann kann sich der Depositar nicht frei machen und den Hinterleger zwingen, vor diesem Zeitpunkte die Sache zurückzunehmen, während der Hinterleger die Rückgabe verlangen kann, wann es ihm beliebt; denn in seinem Interesse allein wurde der Zeitpunkt festgesetzt.

Der Art. 1944, der diese Regel aufstellt, gibt auch eine Ausnahme; der Depositar braucht nicht vor und sogar nicht nach dem festgesetzten Zeitpunkte zurückzugeben, wenn ihm ein gerichtlicher Beschlag oder eine Einsprache behändigt worden ist. Weitere Ausnahmen enthalten die Art. 1938 und 1948.

Die Aufbewahrung einer Sache ist zuweilen accessorium eines anderen Vertrags, dann ist aber von keiner Hinterlegung die Rede. Wenn ich z. B. Jemanden anstelle, mein Pferd zu Markt zu führen und zu verkaufen, so habe ich da einen Auftrag gegeben, obgleich der Beauftragte auch auf die anvertraute Sache Acht zu geben hat. Dies ist aber eben Nebenzweck und nur der Hauptzweck bestimmt die Natur des Vertrags (Art. 1944. Zach. § 403 und 404).

Zum Schlusse wollen wir die Hinterlegung mit der Leihe vergleichen:

— 1. Der Entleiher bekommt die Sache, um sich ihrer zu bedienen; der Depositar, um sie aufzubewahren, und wenn er auch

zum Gebrauch ermächtigt ist und diesen wirklich macht, dann entsteht ein unbenannter Vertrag mit Eigenschaften der Hinterlegung und der Leihe.

— 2. Der Entleiher empfängt einen Dienst; der Depositar leistet einen.

— 3. Der Entleiher muß auf Erhaltung der Sache die Sorgfalt eines guten Hausvaters, der Depositar nur die verwenden, welche er auf seine eigenen Sachen verwendet.

— 4. Wenn bei der Leihe ein Ziel gesetzt wird, so geschieht es zum Vortheil des Schuldners, des Entleihers; bei der Hinterlegung dagegen zum Vortheile des Hinterlegers.

Die Hinterlegung im engeren Sinne ist entweder eine freiwillige oder eine nothgedrungene.

II. Abschnitt.

Von der freiwilligen Hinterlegung.

Die freiwillige Hinterlegung ist die, welche kraft freier ungezwungener Uebereinstimmung zu Stande kommt; zum Unterschiede von der nothgedrungenen, die durch gebietende Umstände veranlaßt wird, z. B. durch einen Brand, Aufruhr, Schiffbruch, Verhältnisse, in denen der Hinterleger weder die Freiheit, nicht zu hinterlegen, noch die nöthige Zeit hat, einen Depositar zu wählen (Art. 1921, 1949. Zach. § 402 und 405).

I. Von der Rechtsfähigkeit der Betheiligten.

„Eine freiwillige Hinterlegnng kann in der Ordnung nur durch den Eigenthümer der anvertrauten Sache, oder mit dessen ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung geschehen." (Art. 1922.) Mit dieser Regel ist gesagt: eine a non domino geschehene Hinterlegung kann dem Eigenthümer der hinterlegten Sache nicht entgegen gehalten werden. Der Depositar hat also nicht die actio depositi contraria auf Ersatz des Schadens, den ihm die verborgenen Mängel der Sache verursacht haben oder auf Zahlung des Lohns, wenn ihm ein solcher versprochen worden ist; den Aufwand, den er für Erhaltung der hinterlegten Sache gemacht hat, kann er durch die actio negotiorum gestorum utilis ersetzt verlangen. Mit einem Worte, zwischen dem Eigenthümer und dem Depositar ist der Vertrag ohne Wirkung.

Zwischen Depositar und Hinterleger ist er aber wirksam. Der Beweis liegt darin, daß der Depositar die Rückgabe der Sache selbst dann nicht versagen kann, wenn er den Beweis hat, daß sie dem Hinterleger nicht gehört, daß sie gestohlen ist (Art. 1938).

Wenn auch der Umstand, daß die deponirte Sache dem Hinterleger nicht gehört, den Hinterlegungsvertrag inter partes zu Recht bestehen läßt, so modificirt er ihn doch einigermaßen. Das Gesetz schreibt vor, daß der Depositar, der entdeckt, daß die Sache gestohlen ist und deren Eigenthümer erfährt, diesen mit der urkundlichen Aufforderung benachrichtigt, sie in einer bestimmten und hinreichenden Frist in Anspruch zu nehmen. (Die Dauer der Frist hängt vom Ermessen des Gerichts ab.)

Der Depositar, welcher diese Pflicht nicht erfüllt, haftet dem Eigenthümer für den Schaden und wird sogar als Mitschuldiger bestraft, wenn er bei Eingehung des Hinterlegungsvertrags gewußt hat, daß die Sache gestohlen war.

Daraus folgt, daß der Depositar, wenn er vom Hinterleger auf Rückgabe belangt wird, dadurch die Verantwortlichkeit von sich abwälzen kann, daß er die unmittelbare Rückgabe verweigert, um entweder dem Eigenthümer die Hinterlegung anzuzeigen, oder den Ablauf der Frist einer bereits geschehenen Anzeige abzuwarten.

Stellt sich der Eigenthümer, dann darf der Depositar ihm die Sache nicht zurückgeben, denn er hat nicht zu entscheiden, ob sie ihm gehört oder nicht; er muß den Hinterleger von dem Anspruch des Eigenthümers benachrichtigen und wenn unter Beiden Proceß entsteht, die Sache bis zur Entscheidung behalten.

Kennt der Depositar den Eigenthümer nicht, oder läßt dieser, nachdem ihm die Anzeige gemacht worden, die Frist verstreichen, ohne sich zu stellen, dann ist der Depositar für seine Person gedeckt und muß die Sache dem Hinterleger herausgeben, wenn er auch den Beweis in Handen hat, daß sie diesem nicht gehört.

Zur Giltigkeit des Hinterlegungsvertrags gehört die Vertragsfähigkeit der Betheiligten. Da aber diese Fähigkeit nur bei dem Theile erforderlich ist, der sich verpflichtet, und die rechtsfähigen Personen die Unfähigkeit derjenigen nicht vorschützen können, mit welchen sie einen Vertrag eingehen, so kann die Unfähigkeit des einen Theils nicht hindern, daß der Andere, der fähig ist, allen Verbindlichkeiten aus der Hinterlegung unterworfen ist.

Ist der Hinterleger unfähig und der Depositar fähig, dann kann jener den Vertrag umstoßen und sich dadurch der Verbindlichkeiten, die er auf sich hätte, wenn die Hinterlegung giltig wäre, z. B. der Verbindlichkeit entledigen, den versprochenen Lohn zu zahlen, oder den Schaden zu vergüten, welchen Fehler der Sache dem Depositar verursacht haben. Kannte der Hinterleger diese Fehler, dann läßt er sich durch die Hinterlegung ein Vergehen zu Schulden kommen, gegen das er nicht restituirt werden kann (Art. 1310). Da er sich ferner nicht auf Kosten des Depositars bereichern darf, so hat dieser die actio de in rem verso bis zu dem Betrage, um welchen der Hinterleger durch die Auslagen bereichert ist, die in Folge der Hinterlegung gemacht wurden.

Verlangt er die Auflösung des Vertrags nicht, dann behält der Depositar alle Verpflichtungen aus der Hinterlegung auf sich; aber die actio depositi directa kann gegen ihn nur durch den Vertreter des Unfähigen angestellt werden.

Ist der Hinterleger fähig und der Depositar nicht, dann kann dieser durch Auflösung des Vertrags der Verbindlichkeiten aus der Hinterlegung sich entledigen, z. B. der Verbindlichkeit, die Sache bis zur bestimmten Zeit aufzubewahren und den Schaden zu vergüten, den er durch eine Nachlässigkeit verursachte, die er sich nicht hätte zu Schulden kommen lassen, wenn es sich um seine eigene Sache gehandelt hätte. Der Hinterleger hat gegen ihn nur eine Vindicationsklage, wenn die Sache noch in seinen Händen ist und entgegengesetzten Falls eine actio de in rem verso bis zum Belaufe des Vortheils, den er aus dem Untergange der Sache gezogen hat; z. B. wenn die Sache durch Verschulden eines Dritten zu Grunde geht und er nimmt von diesem die Entschädigung dafür an, dann kann der Hinterleger Rechnung über die Entschädigung verlangen, wenn er sie aber vergeudet hat, dann braucht er Nichts zurückzugeben (Art. 1312), sofern er nicht arglistig gehandelt hat, weil der Unfähige der doli capax ist, Verbindlichkeiten aus Vergehen nicht umstoßen kann (Art. 1310).

Der Hinterleger dagegen haftet für alle Verbindlichkeiten aus der Hinterlegung (Art. 1922, 1925, 1926, 1938. Zach. § 402 und 403).

II. Vom Beweise der Hinterlegung.

Bezüglich der Beweise gilt das gemeine Recht. Eine Hinterlegung, die weniger als 150 fl. beträgt, kann auf jede Art beweisen

werden, sogar durch Zeugen oder Vermuthung (Art. 1341, 1353). Beträgt die Hinterlegung mehr, so kann sie nur dann durch Zeugen oder Vermuthungen bewiesen werden, wenn der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist, oder wenn die aufgenommene Urkunde durch irgend einen Zufall zu Grunde ging (Art. 1347, 1348). Wo es an einer Urkunde fehlt und auch der Zeugenbeweis unzulässig ist, da wird dem Depositar auf sein Wort geglaubt, es mag von dem Hergang der Hinterlegung, oder von der hinterlegten Sache, oder von deren Zurückgabe die Rede sein: actore non probante reus absolvitur. Der Hinterleger kann ihn aber über Thatsachen und Artikel gerichtlich befragen lassen und ihm den Eid zuschieben.

Im früheren Rechte konnte jede Hinterlegung ohne Rücksicht auf ihren Werth durch Zeugen bewiesen werden und zwar aus dem Grunde, weil man unterstellte, daß der Hinterleger, der vom Depositar einen Dienst verlangt, in der Furcht ihn zu beleidigen, es nicht wagt, eine Urkunde zu verlangen und ihm damit sein Mißtrauen zu erkennen zu geben. Um diese Theorie abzuschaffen, hat das Gesetzbuch in zwei Artikeln gesagt: die Hinterlegung steht bezüglich des Beweises unter dem gemeinen Rechte (Art. 1341, 1923, 1924. Zach. § 402).

III. Abschnitt.

Von den Pflichten des Depositars.

I. Von den Pflichten.

Der Depositar ist gehalten:

— 1. Für die Aufbewahrung der hinterlegten Sachen die gleiche Sorge wie für seine eigenen zu tragen.

— 2. Sich der hinterlegten Sache nicht zu bedienen, ohne ausdrückliche oder stillschweigende Erlaubniß des Hinterlegers.

— 3. Nicht nachzuforschen, was ihm anvertraut ist, wenn die Sachen ihm verschlossen übergeben werden.

— 4. Die gleiche Sache, die er empfangen hat, zurückzugeben.

Was zurückgegeben werden muß: Der Depositar muß die nämliche Sache zurückgeben, welche ihm überliefert worden ist, mit allen Zubehörden und allen Früchten, ohne daß er für Verschlimmerungen haftet, die sie ohne sein Verschulden erlitten hat.

Ist die hinterlegte Sache eine Summe Geldes, dann muß er sie von dem Tage verzinsen, an welchem er mit der Rückgabe in Verzug gesetzt wurde und dazu genügt eine einfache Aufforderung; denn hier ist er nicht Schuldner eines Geldwerthes, wo eine gerichtliche Klage nothwendig ist (Art. 1153), sondern eines bestimmten Stückes, wodurch die allgemeine Regel des Art. 1139 Anwendung findet.

Der Depositar muß die gleichen Stücke, die gleichen Thaler zurückgeben, welche Gegenstand der Hinterlegung waren; denn er ist Schuldner eines bestimmten Körpers, der auf Gefahr des Hinterlegers ist, ohne Rücksicht, ob diese Stücke an Werth zu- oder abgenommen haben und er ist frei, wenn er sie in dem Stande zurückgibt, in welchem sie sich gerade befinden. Der Depositar, dem die Sache durch höhere Gewalt oder durch Verschulden eines Dritten weggekommen ist und der einen Preis oder etwas Anderes dafür bekommen hat, muß das dagegen Empfangene zurückgeben.

Hat er keine Entschädigung empfangen, dann ist er frei, vorbehaltlich des Rückgriffs des Hinterlegers auf den Urheber des Verlustes und der Entschädigung, die der Staat zuweilen denen gibt, die bei großen Unglücksfällen Verluste erlitten haben.

Hat der Depositar die Sache unter dem Preise verkauft und dem gutgläubigen Käufer überliefert, dann kann sie der Hinterleger nicht vindiciren, da der Käufer unter dem Schutze der Regel steht: Bei Fahrnissen gilt der Besitz als Rechtstitel. Da aber diese Veräußerung eine Gefährde Seitens des Depositars ist, so muß derselbe dem Hinterleger nicht allein den Kaufpreis, sondern eine Summe ersetzen, die dem Werth der Sache gleichkommt. Wenn jedoch der Preis höher als dieser Werth ist, dann muß natürlich der Preis herausgegeben werden.

Würde die hinterlegte Sache einem gutgläubigen Käufer vom Erben des Depositars, der von der Hinterlegung nichts wußte, unter dem Preise verkauft, dann hat der Hinterleger keine Klage gegen den Käufer; er greift auf den Erben, aber wie weit geht dieser Rückgriff? Antwort: Bis zum Belaufe des Preises, den dieser erhalten hat und nicht bis zum Belaufe des Werthes der hinterlegten Sache. Das Gesetz betrachtet diese Veräußerung wie einen Zufall, während sie die Veräußerung durch den Depositar wie eine Arglist oder wenigstens wie eine Nachlässigkeit behandelt.

Hat der Erbe den Preis noch nicht eingezogen, so muß er dem Hinterleger seine Klage gegen den Käufer cediren.

Wenn der Erbe die Sache in gutem Glauben aufgebraucht oder verschenkt hat, dann muß er den Werth ersetzen, den sie im Augenblicke des Verbrauchens oder der Schenkung hatte (Art. 1927 bis 1936, Zach. § 403).

An wen die Rückgabe zu geschehen hat. — Die hinterlegte Sache darf nur dem Hinterleger, oder dem, in dessen Namen die Hinterlegung geschah, oder dem, welcher bei der Hinterlegung zur Empfangnahme bezeichnet wurde, ausgefolgt werden.

Ist der Hinterleger oder der, für dessen Rechnung die Hinterlegung geschah, gestorben, dann muß die Sache dem Erben herausgegeben werden. Sind der Erben mehrere und die Sache kann wie z. B. eine Summe Geldes getheilt werden, dann muß jedem Erben sein Antheil herausgegeben werden. Im entgegengesetzten Falle müssen sich die Erben bezüglich der Empfangnahme unter einander einigen.

Stirbt die zur Empfangnahme bezeichnete Person, dann muß die Sache dem Hinterleger zurückgegeben werden, denn der Auftrag des Dritten ist mit dessen Tode erloschen (Art. 2003).

Ebenso verhält es sich, wenn der Auftrag widerrufen wurde, sofern nicht der Widerruf dem Depositar unbekannt blieb.

Wenn der Hinterleger nach der Hinterlegung die Verwaltung seiner Güter verliert, dann hat die Zurückgabe an den zu geschehen, welcher für ihn verwaltet, z. B. an den Vormund, wenn er entmündigt worden ist; an den Ehemann, wenn die Hinterlegerin in der Folge geheirathet hat.

Wenn umgekehrt die Hinterlegung durch einen Verwalter geschah, dessen Vollmacht erloschen ist, dann geschieht die Rückgabe an den, welchen jener vertrat, z. B. an den volljährig gewordenen Mündel; an die Wittwe, wenn die vom Manne hinterlegte Sache der Frau gehörte (Art. 1937—1941. Zach. l. c.).

Wo die Rückgabe zu geschehen hat. — Sie muß da geschehen, wo auch die Hinterlegung geschah, sofern nicht ein anderer Ort ausbedungen worden war, in welchem Falle der Hinterleger die Kosten der Verbringung zu tragen hat.

Häufig muß man als stillschweigend vereinbart annehmen, daß die Sache da zurückgegeben werde, wo sie verlangt wird. Wenn ich Dir z. B. auf der Reise zu Rom meine Uhr anver=

traue, dann ist anzunehmen, daß sie da zurückgegeben werden soll, wo sie verlangt wird, denn sonst könnte der Depositar, der in Paris belangt wird, sagen, komme mit mir nach Rom, dort sollst Du Deine Uhr wieder haben (Art. 1942, 1943. Zach. l. c.)

Ueber den Zeitpunkt der Rückgabe ist schon oben gesprochen worden.

Alle Verpflichtungen des Depositars hören auf, wenn er entdeckt, daß die deponirte Sache sein gehört (Art. 1946. Zach. l. c.)

II. Vom persönlichen Verhaft bei der Hinterlegung.

Nach den Worten des Art. 2060 No. 1 ist der depositarius necessarius dem persönlichen Verhaft unterworfen; gegen den depositarius voluntarius spricht er ihn nicht aus, folglich ist er auf diesen auch nicht anwendbar.

Jedoch sagt Art. 1945, daß bei der freiwilligen Hinterlegung der ungetreue Aufbewahrer der Rechtswohlthat der Güterabtretung verlustig wird, folglich dem persönlichen Verhafte unterliegt, da diese Rechtswohlthat nur denen zukommt, welche verhaftet werden können. Auch noch andere Gesetze sprechen den persönlichen Verhaft gegen ihn aus; zunächst Art. 126 C. de pr., der den Richter ermächtigt, den persönlichen Verhaft gegen Jeden, also auch gegen den Depositar wegen Ersatzes eines Schadens von über 300 Fr. zu erkennen; ferner Art. 52 C. pen. verglichen mit Art. 480, wornach der Depositar, welcher die hinterlegte Sache verschleudert oder entwendet, sich des Vertrauensmißbrauchs schuldig macht und darum dem persönlichen Verhafte unterliegt.

Wenn also die deponirte Sache durch bloße Nachlässigkeit des Depositars zu Grunde geht, dann kann der Richter, der diesen zu einer Entschädigung von über 300 Fr. verurtheilt, auf Antrag des Hinterlegers auch den persönlichen Verhaft erkennen.

Er kann es nur, denn der persönliche Verhaft ist hier in das richterliche Ermessen gestellt, während im Falle des Art. 2060 No. 1 darauf erkannt werden muß.

Auf Antrag des Hinterlegers . . . . denn das Gericht kann den persönlichen Verhaft nicht ex officio verhängen.

Ist der Depositar untreu, macht er sich eines dolus schuldig, dann muß der Richter den persönlichen Verhaft auf Antrag verhängen. Im ersten Falle hat der nachlässige, aber gut-

gläubige Depositar die Rechtswohlthat der Güterabtretung, da Art. 1945 sie nur dem untreuen Aufbewahrer versagt.

Im anderen Falle steht sie ihm nicht zu und Art. 1945 hätte dies nicht ausdrücklich zu sagen brauchen, denn es gilt die Regel, daß sich nur ein gutgläubiger Schuldner der Güterabtretung bedienen kann und ein untreuer Depositar handelt nicht in gutem Glauben. Mit einem Worte, der persönliche Verhaft ist in das Belieben des Richters gestellt, wenn der Depositar blos nachlässig, er ist ein Muß für den Richter beim untreuen Depositar und beim depositarius necessarius muß er immer verhängt werden (Art. 1945. Zach. l. c.).

III. Von den Klagen des Hinterlegers und deren Verjährung.

Hier findet Alles das Anwendung, was wir oben von den Klagen in der Lehre von Leihe gesagt haben.

IV. Abschnitt.

Von den Pflichten des Hinterlegers.

Er muß: — 1. dem Depositar den Schaden ersetzen, welchen ihm verborgene Fehler der Sache verursacht haben; — 2. ihm die Auslagen vergüten, welche er für Erhaltung der hinterlegten Sache gemacht hat.

Diese zwei Pflichten sind durch ein Retentionsrecht sicher gestellt; der Depositar darf die Sache innebehalten, bis er mit Allem befriedigt ist, was er aus dem Hinterlegungsvertrage zu fordern hat.

Hat er die Sache freiwillig zurückgegeben, dann steht ihm nach Nr. 3 des Art. 2102 ein Vorzugsrecht bezüglich des Ersatzes des Erhaltungsaufwandes, nicht aber auch bezüglich der Vergütung des durch verborgene Fehler verursachten Schadens zu (Art. 1947, 1948. Zach. § 404).

V. Abschnitt.

Von der nothgedrungenen Hinterlegung.

Sie ist durch gebietende Umstände, z. B. Feuersbrunst, Aufruhr, Schiffbruch veranlaßt, die dem Hinterleger weder die Freiheit, nicht zu hinterlegen, noch die Möglichkeit lassen, sich einen Depositar auszuwählen. Sie unterscheidet sich von der freiwilligen Hinterlegung in zwei Hauptbeziehungen, nämlich bezüglich des

persönlichen Verhafts und dem Beweise der Hinterlegung. Dieser kann durch Zeugen erbracht werden, wenn auch der Werth 150 Fr. übersteigt, denn der Gläubiger konnte sich keinen schriftlichen Beweis seines Rechts verschaffen (Art. 1348).

Jedoch kann der Richter den Zeugenbeweis verwerfen, wenn der angebliche Hinterleger schlecht beleumundet ist und der Gegentheil sich der Achtung seiner Mitbürger erfreut (Art. 1348 Nr. 2, 1949 -1951. Zach. § 401 und 405).

Da die Reisenden genöthigt sind, bei Personen zu wohnen, die sie nicht kennen und gewöhnlich die Zeit nicht haben, sich über deren Moralität zu verlässigen, so betrachtet das Gesetz das Einbringen der Fahrnisse der Reisenden in das Gasthaus als depositum necessarium und daraus folgt:

— 1. Daß diese Hinterlegung ohne Rücksicht auf den Werth je nach Beschaffenheit der Personen und Umstände durch Zeugen bewiesen werden kann (Art. 1348, Nr. 2).

— 2. Daß die Gastwirthe vom Gerichte zum persönlichen Verhafte gezogen werden müssen, wenn ihnen auch nur eine Nachlässigkeit zur Last fällt (Art. 2060 Nr. 1).

Das Einbringen der Fahrnisse bewirkt für sich allein die Hinterlegung, denn das Gesetz verlangt nirgends, daß die Gegenstände dem Gasthalter übergeben werden müssen; es genügt, wenn sie im Gasthause oder an dem vom Gasthalter dazu bestimmten Orte niedergelegt werden. Natürlich bleibt der Verlust der Fahrnisse, den der Reisende selbst verschuldet hat, auch ihm zur Last, z. B., wenn er sie an einem Jedermann zugängigen Orte niederlegt und den Gasthalter nicht benachrichtigt, oder wenn er sein Zimmer nicht abschließt.

Wenn der Reisende eine bedeutende Summe Geldes oder andere werthvolle Gegenstände mit sich führt, dann muß er den Wirth benachrichtigen, damit dieser in der Bewachung besonders aufmerksam sein kann. Gehen diese Gegenstände verloren, ohne daß der Wirth deren Vorhandensein kannte oder vermuthen konnte, dann leistet er nur eine Entschädigung, die dem Werth der Fahrnisse gleich kommt, welche ein Reisender gewöhnlich mit sich führt.

Die Verantwortlichkeit der Wirthe bezieht sich sogar auf Handlungen Dritter. Sie haften für den Schaden und die Entwendung durch ihre Dienstboten und sogar für den durch Fremde, die aus- und eingehen.

Dagegen haften sie nicht für die Entwendung, welche mit bewaffneter Hand oder höherer Gewalt verübt wird.

Wenn ein Reisender bei seinem Abgange dem Wirthe Gegenstände zurückläßt, die er nicht mitnehmen will, dann verwandelt sich die nothgedrungene Hinterlegung in eine freiwillige (Art. 1952 bis 1954. Zach. § 406.).

Drittes Kapitel.

Von der Sequestration.

Die Sequestration beruht entweder auf einem Vertrage oder sie ist gerichtlich.

I. Abschnitt.

Von der Sequestration, die auf einem Vertrage beruht.

Die vertragsmäßige Sequestration ist die Niederlegung einer streitigen Sache Seitens mehrerer Personen in die Hände eines Dritten, der sich verpflichtet, sie bis zur Beendigung des Rechtsstreites aufzubewahren und sie demjenigen auszufolgen, welchem sie zugesprochen wird.

Der Art. 1956 spricht von einer Sequestration durch einen der Betheiligten, was aber ganz irrig ist, denn diese Hingabe einer streitigen Sache durch nur einen der streitenden Theile ist eine ganz gewöhnliche Hinterlegung, die den Depositar verpflichtet, dem Hinterleger die Sache auf Verlangen, sogar vor beendigtem Rechtsstreite, zurückzugeben.

Diese Sequestration ist gewöhnlich unentgeltlich, jedoch ist es gestattet, eine Belohnung auszuwerfen, aber dann ist der Vertrag zugleich Hinterlegung und Arbeitsmiethe (Art. 1955--1957. Zach. § 407 und 408.).

Wenn sie unentgeldlich ist, dann unterscheidet sie sich in Folgendem von der gewöhnlichen Hinterlegung:

— 1. Die gewöhnliche Hinterlegung kann nur Fahrnisse zum Gegenstande haben (Art. 1918); wogegen die Sequestration auch Liegenschaften unter sich begreifen kann. Zwar kann man sagen, das Hüten einer Liegenschaft ist nur ein Auftrag; dies ist aber nur dann der Fall, wenn es sich um eine nicht streitige Liegenschaft handelt, denn hier findet keine Besitzentsetzung statt; im

entgegengesetzten Falle ist es aber anders, weil hier die Sequestration häufig gerade bezweckt, den Besitz des Streitgegenstandes zeitweise auf den Depositar zu übertragen, der denselben während der Dauer des Rechtsstreits auf Rechnung des Obsiegenden behält. Hier tritt also eine wirkliche Besitzentsetzung ein, der Besitz geht auf einen Dritten über, bei dem man ihn s. Z. wieder suchen muß.

— 2. „Der Aufbewahrer, dem eine streitige Sache anvertraut ist, kann vor Ausgang des Streits von seiner Verbindlichkeit anders nicht befreit werden, als durch Bewilligung aller Betheiligten oder aus einer zu Recht erkannten Ursache." Diese Regel stellt Art. 1960 als zweiten Unterschied von der gewöhnlichen Hinterlegung auf, was aber schwer zu begreifen ist. Wenn die Hinterlegung von mehreren Personen mit Festsetzung eines Tags zur Rückgabe bewirkt wird, kann dann der Depositar nicht ebenfalls nur dadurch entledigt werden, daß alle Hinterleger einwilligen? Kann nicht eben so gut wie bei der Sequestration auch bei der Hinterlegung durch alle Hinterleger die Rückgabe vor dem Zeitablaufe (Ende des Rechtsstreites) gefordert werden? Alles, was der Art. 1960 Besonderes sagt, ist, daß der Depositar bei der Sequestration vor Ablauf der bestimmten Zeit sich aus einem Grunde frei machen lassen kann, dessen Rechtsbeständigkeit der Richter abzuwägen hat. Diese Vergünstigung spricht das Gesetz dem gewöhnlichen Depositar zwar nicht ausdrücklich zu, aber der Geist des Gesetzes gewährt sie ihm, denn Art. 1889 und 2007 besagen, daß der, welcher sich einem Andern zu einem Dienste verpflichtet, davon freigesprochen werden kann, wenn der strenge Vollzug ihm bedeutenden Schaden verursachen würde (Art. 1958, 1960. Zach. § 408).

II. Abschnitt.

Von der gerichtlichen Sequestration.

Sie unterscheidet sich von der vertragsweisen Sequestration dadurch, daß bei ihr

— 1. der Depositar vom Gericht ernannt wird; während dies beim vertragsweisen Sequester durch die Betheiligten geschieht;

— 2. dem Depositar eine Belohnung kraft Gesetzes ausgeworfen ist, die bei der vertragsweisen nur stipulirt werden kann (Art. 1957 und 1962).

Das Gesetz nennt drei Fälle, wo die Sequestration eintreten kann, jedoch nur beispielsweise und ohne die Sequestration darauf zu beschränken.

Das Gericht kann die Sequestration verfügen:

— 1. Bei Fahrnissen, die dem Schuldner mit Beschlag belegt sind. — Der Vollstreckungsbeamte schlägt hier den Depositar vor, wenn der Schuldner nicht eine taugliche Person zu benennen weiß (Art. 596, 597 C. pr.).

Dieser Wächter heißt gerichtlicher Depositar, weil er vom Gerichte ernannt oder doch wenigstens bestätigt ist.

Der vom Vollstreckungsbeamten aufgestellte Hüter muß für die Sache als guter Hausvater sorgen und die ihm anvertrauten Gegenstände, wenn es zum Verkauf kommt, dem Beschlagnehmenden oder, wenn der Beschlag aufgehoben wird, dem Schuldner ausfolgen.

Dagegen muß ihm der Beschlagnehmende den gesetzlichen Lohn zahlen (Art. 34 des Tarifs).

— 2. Für unbewegliche oder bewegliche Sachen, deren Eigenthum oder Besitz streitig ist.

— 3. Für Sachen, die der Schuldner zur Zahlung anbietet, welche der Gläubiger zurückweist und die nicht in Geld bestehen. — Beständen diese Sachen in Geld, dann würde die Hinterlegung in die Depositencasse erfolgen (Art. 1257).

In den zwei letzten Fällen wird die Sache dem anvertraut, welchen die Betheiligten wählen, oder, in Ermangelung eines solchen, dem, welchen das Gericht aufstellt (Art. 1961—1963. Zach. § 409).

Zwölfter Titel.

Von den Glücksverträgen.

Die Eintheilung der Verträge in Tausch- und Glücksverträge ist nur eine Untereintheilung der belasteten Verträge.

Ein belasteter Vertrag ist derjenige, kraft dessen ein Theil einen Geldwerth gibt oder zu geben verspricht gegen einen anderen

Geldwerth, den er empfängt oder den man ihm zu geben verspricht.

Der belastete Vertrag ist ein Tauschvertrag, wenn die beiderseitigen Gegenwerthe beim Vertragsabschlusse einen festen Preis haben, einen gewissen taxirbaren Vortheil bieten.

Er ist ein Glücksvertrag, wenn der beiderseitige Gegenwerth nicht in einem gewissen Vortheil, sondern nur in der Möglichkeit eines Gewinns oder Verlustes besteht.

Der Code gibt zwei Definitionen vom Glücksvertrage, die eine im Art. 1104, die andere in Art. 1964. Dort wird vorausgesetzt, daß die Möglichkeit des Gewinns oder Verlustes für beide Theile vorhanden ist, hier genügt es, wenn sie auch nur für einen Theil existirt.

Die Definition des Art. 1964 hat im Allgemeinen den Vorzug erhalten. Es ist ein Glücksvertrag, wenn ein Theil die Möglichkeit eines Gewinnes bekömmt und dagegen einen reellen Gegenwerth gibt. Beim Versicherungsvertrag z. B., der gewiß ein Glücksvertrag ist, ist vom Vertragsabschlusse an für den einen Theil der Gegenwerth gewiß, während er für den anderen eine bloße Möglichkeit ist. Der Versicherer hat die Möglichkeit, zu gewinnen oder zu verlieren; er gewinnt die Prämie, wenn kein Unglück eintritt; im entgegengesetzten Falle aber ist er im Verluste, denn er muß dem Versicherten eine Entschädigung zahlen, die viel höher ist als die empfangene Prämie. Für ihn also ist der Vertrag ein Glücksvertrag, denn dessen Wirkung in Bezug auf Gewinn oder Verlust hängt von einem ungewissen Ereignisse ab.

Auf Seiten des Versicherten dagegen ist es ganz anders: für ihn ist mit dem Vertragsabschlusse Alles in fester Weise bestimmt. Er weiß, daß er verliert, er hat keine Möglichkeit zu gewinnen. Wenn ein Unglück eintritt, so bekommt er eine Entschädigung, er entgeht einem Verluste, aber er gewinnt Nichts. Ereignet sich Nichts, dann verliert er die dem Versicherer bezahlte Prämie.

Uns scheint die Definition des Art. 1104 die bessere zu sein. Ein belasteter Vertrag, bei dem ein Theil gewiß ist, zu verlieren, ist undenkbar. Ohne Hoffnung auf einen Gewinn würde er gar keinen Vertrag schließen. Es ist eine Spitzfindigkeit, wenn man sagt, der Versicherte gewinne nicht, wenn der Vertrag ihm ein Vermögen erhält, das er ohne den Vertrag nicht mehr hätte —

Allerdings gewinnt er in dem Sinne nicht, daß er reicher wird, als er vor dem Vertrage war; aber er gewinnt im Vertrage, er gewinnt den Vortheil, sich ein Vermögen zu wahren, das ihm ohne den Vertrag verloren wäre.

Bei jedem belasteten Vertrage gewinnt ein Theil das, was der andere verliert und umgekehrt; mithin ist es unmöglich, daß für einen Theil die Möglichkeit eines Verlustes vorliegt, ohne daß der andere die Möglichkeit eines Gewinnes hat. Wenn der Versicherer im Vertrage die Möglichkeit des Gewinnens oder Verlierens hat, dann muß der Versicherte unfehlbar die umgekehrte Möglichkeit haben.

Der Art. 1964 hat die Wirkungen des Vertrags mit den Leistungen verwechselt, die für dessen Zustandekommen erforderlich sind. Die Wirkung des Vertrags kann nicht für einen Theil die eines Glücksvertrags sein, ohne es auch für den anderen Theil zu sein. Dagegen kann die Leistung eines Theils fest und unwiderruflich sein, während die des anderen blos eventuell ist und von einem künftigen ungewissen Ereignisse abhängt; z. B. im Versicherungsvertrage ist auf Seite des Versicherers die Leistung eine Glückssache, er zahlt das Versprochene oder er zahlt es nicht, je nachdem ein gewisses Ereigniß eintritt oder nicht eintritt; auf Seite des Versicherten dagegen ist die Leistung gewiß, er zahlt unter allen Umständen.

Die Unterscheidung von Tausch- und Glücksverträgen ist gar nicht zwecklos. Die laesio, die bei gewissen Tauschverträgen, bei Erbtheilungen und Liegenschaftsverkäufen ein Nichtigkeitsgrund ist, hört auf, dies zu sein, wenn derlei Rechtsgeschäfte einen Glückscharakter annehmen. Bei den Tauschrenten kann der Rentenfuß den gesetzlichen Zinsfuß nicht übersteigen, während er bei den Glücksrenten, den sog. Leibrenten, viel höher sein kann.

Als Glücksverträge führt das Gesetzbuch den Assecuranzvertrag, das Darlehen auf Bodmerei, das Spiel, die Wette und den Leibrentenvertrag auf, ohne die Zahl derselben zu erschöpfen, denn dahin gehört z. B. der Verkauf einer anerfallenen Erbschaft, eines streitigen Rechts, eines Nutznießungsrechts, einer künftigen Erndte rc.

Der Assecuranzvertrag ist derjenige, kraft dessen sich ein Theil verpflichtet, dem anderen den Schaden zu vergüten, den die Sache in Folge von Ereignissen erleiden kann, denen sie ausgesetzt ist (C. de com. Art. 332 ff.)

Der Bodmereivertrag betrifft ein Darlehen auf Gegenstände, welche den Gefahren einer Seereise ausgesetzt sind, mit der Verabredung, daß bei deren glücklicher Ankunft dem Darleiher das Capital nebst einer von den Betheiligten nach Belieben festgesetzten Prämie bezahlt werden soll und im umgekehrten Fall, wenn die Gegenstände zu Grunde gehen oder Schaden leiden, daß der Darleiher nicht mehr fordern kann, als den Werth, den die Sachen dann noch haben (Art. 311 ff. C. de com.).

Vom Leibrentenvertrag war oben die Rede (Art. 1964. Zach. § 341).

Erstes Kapitel.

Vom Spiele und von der Wette.

Das Spiel ist die Uebereinkunft, kraft deren zwei Personen sich verpflichten, daß der Verlierende dem Gewinnenden die Summe bezahlt, welche den Einsatz bildet.

Die Wette ist die Uebereinkunft, wodurch zwei Personen, von denen die eine behauptet, es existire eine Thatsache oder werde noch eintreten, während die andere entgegengesetzter Ansicht ist, sich verpflichten, daß diejenige, deren Ansicht sich als richtig herausstellt, von der andern einen bestimmten Werth erhalten soll.

Das Gesetz durfte derartige Verträge nicht billigen. Das Spiel ist in Ursache und Wirkungen unsittlich, wenn es die Gränzen einer einfachen Vergnügung überschreitet, wenn der Grund, welcher jeden Theil bestimmt, einzig in dem Wunsche liegt, sich auf Kosten des Anderen zu bereichern. Wenn es sich als reine Vergnügung darstellt, dann hört es auf, unmoralisch zu sein, steht aber doch nicht unter der Sanction des Gesetzes wegen seiner geringen Bedeutung und des geringen Interesse, das die Gesellschaft am Vollzug des Vertrags hat. Der Gesetzgeber wollte nicht, daß eine Vergnügung die Quelle eines Processes werde.

Das Gesetz gestattet aber die Zahlung der in Spielen, bei welchen der Ausgang nicht vom Zufall, sondern von der Kraft, Geschicklichkeit und Gewandtheit der Betheiligten abhängt, wie bei Waffenübungen, Wettrennen oder Ballspielen gewonnenen Summen oder sonstigen Gegenständen gerichtlich zu betreiben. Dergleichen Spiele sind nützlich, weil sie die Kraft und Gewandtheit üben.

Hier gestattet das Gesetz dem Richter, die Klage zu verwerfen, wenn ihm die Summe übertrieben erscheint. Durch

Festsetzung eines Preises für den Gewandtesten, den Stärksten stacheln die Spieler den Eifer und mehren das Interesse; wenn aber dieser Preis unmäßig ist, dann ist die Hoffnung auf Gewinn der einzige Zweck, das Spiel verliert seinen sittlichen Halt und wird unerlaubt. Daraus folgt, daß der Richter nicht berechtigt ist, die Klage zuzulassen, indem er die Klagsumme auf den billigen Betrag mindert; er muß die Klage entweder ganz zulassen oder ganz verwerfen. War der Einsatz mäßig und wurde das Spiel unter den gesetzlichen Bedingungen gemacht, dann muß der Richter das Ganze zuerkennen; wurden diese Bedingungen nicht erfüllt, dann ist das Spiel ein unerlaubtes und der Richter muß die Klage glattweg verwerfen.

Der Spieler, der sich für verpflichtet gehalten hat, kann das nicht zurückfordern, was er freiwillig bezahlt hat; das Gesetz konnte diesen Gewissensact nicht verbieten oder vernichten.

Da der Verlierende jedoch stets nur in der Voraussetzung zahlt, daß er auch wirklich verloren hat, so gestattet ihm das Gesetz die Rückforderung, wenn er beweist, daß der Gewinnende Betrug oder Hinterlist geübt hat.

Auch in zwei andern Fällen ist er zur Rückforderung ermächtigt: — 1. wenn er aus Irrthum bezahlt hat, wie z. B., wenn der Erbe zahlte, ohne zu wissen, daß dem Schuldschein eine Spielschuld zu Grunde lag. Das Gesetz versagt die Rückforderung nur dann, wenn f r e i w i l l i g bezahlt worden ist und der Irrthum schließt den Willen aus; — 2. wenn die Zahlung durch Jemanden geschah, der überhaupt nicht gültig zahlen kann, wie ein Minderjähriger oder Entmündigter.

Ist eine Spielschuld eine natürliche Schuld im Sinne des Code?

Wer freiwillig eine natürliche Schuld bezahlt, kann nicht zurückfordern; wer eine Spielschuld bezahlt, kann es auch nicht, also ist die Spielschuld eine natürliche, weil sie die jeder natürlichen Verbindlichkeit gemeinschaftliche Wirkung hat (Art. 1235). Diese Schlußfolgerung ist jedoch unrichtig: wenn der Verlierende nicht zurückfordern kann, so ist dies nicht der Fall, weil er eine natürliche Verbindlichkeit erfüllt hat, sondern weil hier der Satz Anwendung findet: in pari causa melior est conditio possidentis.

Diejenigen, welche die Spielschuld nicht als eine natürliche Schuld gelten lassen, schließen, daß sie weder durch Bürgschaft,

noch durch Unterpfand sicher gestellt, noch durch eine bürgerliche Verbindlichkeit ersetzt werden kann. Hiernach ist der Schuldschein ungültig, in welchem der Verlierende die Zahlung der Spielschuld verspricht.

Diese Theorie bietet eine Schwierigkeit. Wenn die Spielschuld keine natürliche ist, dann ist deren Vollzug keine Zahlung, sondern eine reine Freigebigkeit, denn von einer Zahlung kann man da nicht sprechen, wo weder eine bürgerliche, noch eine natürliche Schuld vorhanden ist. Wenn nun diese sog. Zahlung eine Freigebigkeit ist, so ist sie nichtig, wenn der Gewinnende unfähig ist, vom Verlierenden unter unentgeltlichem Titel zu empfangen, der Minderung unterworfen im Falle der Uebermäßigkeit, einzuwerfen, wenn der Gewinnende den Verlierenden erbt, widerruflich wegen Undanks 2c.

Diese Schwierigkeit löst sich wie folgt: der Vollzug einer Spielschuld ist zwar keine eigentliche Zahlung, denn es liegt weder eine bürgerliche, noch eine natürliche Schuld vor, aber eben so wenig ist er eine Freigebigkeit, denn unter diesem Titel wurde die Summe weder gegeben, noch empfangen. Sie wurde bezahlt, um eine Schuld zu tilgen, welche das Gesetz unter keinem Titel anerkennt. Es ist keine Zahlung und keine Freigebigleit da, und doch kann das Bezahlte nicht zurückgefordert werden, weil in pari causa melior est conditio possidentis, weil das Gesetz nicht will, daß sich das Gericht mit Spielprocessen abgebe, daß es auf eine Klage desjenigen erkenne, der durch sein Spiel das nämliche Gesetz außer Acht gelassen hat, welches er jetzt anruft, um sich das zurückgeben zu lassen, was er freiwillig bezahlt hat (Art. 1695 ff. Zach. § 386).

Dreizehnter Titel.

Vom Bevollmächtigungsvertrage.

Erstes Kapitel.

Von der Natur und Beschaffenheit desselben.

I. Begriff.

Man versteht unter Bevollmächtigung, Auftrag:

— 1. die von einer Person einer anderen gegebene Gewalt, für sie oder in ihrem Namen ein gewisses Geschäft vorzunehmen; diese Gewalt nennt man Auftrag oder Vollmacht.

— 2. Den Act, der die Vollmacht kundgibt.

— 3. Den Vertrag, der zwischen dem Vollmachtgeber und Bevollmächtigten entsteht.

Der Art. 1984 definirt im ersten Absatze die Bevollmächtigung und im zweiten den Bevollmächtigungsvertrag.

Die Bevollmächtigung ist eine Anbahnung des Vertrags, der mit deren Annahme zu Stande kommt. Man kann diesen Vertrag eine angenommene Bevollmächtigung nennen, mit a. W. eine Uebereinkunft, durch die sich ein Theil verpflichtet, für den anderen etwas zu thun.

Die Annahme der Bevollmächtigung macht den Vertrag nicht immer fertig. Man muß hier auf die Absicht der Betheiligten sehen, prüfen, ob der Mandatar nur die Vollmacht angenommen hat, ohne deren Vollzug zu versprechen, indem er freie Hand behalten will, das ihm Anvertraute zu vollziehen oder nicht zu vollziehen. Wenn mich z. B. Jemand beauftragt, für ihn gewisse Waaren zu kaufen, dann bin ich nicht verpflichtet, der Auftrags-

vertrag ist nicht fertig, sofern ich antworte: ich nehme zwar die Vollmacht an, will aber nicht gebunden sein, ich werde einkaufen, wenn es mir meine Zeit und Geschäfte erlauben (Art. 1984. Zach. § 410).

II. Beweis der Bevollmächtigung und deren Annahme.

Die Bevollmächtigung wie deren Annahme kann mündlich und schriftlich geschehen. Der Schriftsatz kann eine öffentliche oder eine Privaturkunde sein; ein einfacher Brief genügt zur Beweisführung und ist es also nicht nothwendig, daß die Privaturkunde doppelt ausgefertigt wird; wie wir denn auch noch sehen werden, daß selbst der bezahlte Auftrag nur ein einseitiger Vertrag ist.

Mangelt es an einer Urkunde, dann bleibt den Betheiligten nur die Eideszuschiebung oder Befragung über Thatsachen und Artikel. Jedoch ist der Zeugenbeweis zulässig, wenn der Werth des Gegenstands des Auftrags nicht über 150 Fr. steigt (Art. 1341), und über diesen Betrag hinaus, wenn ein Anfang des schriftlichen Beweises vorliegt (Art. 1347), oder wenn es unmöglich war, sich einen schriftlichen Beweis zu verschaffen, oder wenn die Urkunde zufällig zu Grunde gegangen ist (Art. 1348).

Die Annahme kann sogar stillschweigend geschehen, sie kann z. B. aus dem Vollzug des Auftrags oder aus Umständen erhellen, die darauf schließen lassen. Bei Deiner Abreise sagst Du mir: „Ich ernenne Dich zu meinem Gewalthaber, um mich in dem Processe, den ich gegen den und den habe, zu vertreten; da hast Du die Vollmachtsurkunde". Stecke ich diese ohne Bemerkung in die Tasche, so nehme ich damit die Bevollmächtigung an; wenn mir aber die Vollmachturkunde durch die Post zukommt, dann beweist der Umstand, daß ich sie erhalten habe, die Annahme von meiner Seite nicht, denn ich konnte sie empfangen, ohne zu wissen, was darin ist.

Kann aber auch die Bevollmächtigung stillschweigend geschehen? Wenn im römischen Rechte Derjenige, dessen Geschäfte man führt, die Geschäftsführung kennt und keine Einsprache erhebt, dann ist kein Quasicontract der Geschäftsführung, sondern ein stillschweigend geschlossener Auftragsvertrag vorhanden. Man nahm eben an, daß derjenige, welcher wissentlich etwas geschehen läßt, was ihn angeht, stillschweigend einwilligt, daß es geschieht: Is qui potest prohibere et non prohibet, consentire et mandare videtur.

Nach seinem Wortlaute scheint der Code von dieser Ansicht abgegangen zu sein. Er sagt im Art. 1372: „Der Quasicontract der Geschäftsführung liegt vor, mag der Eigenthümer von der Geschäftsführung Kenntniß haben oder nicht"; und Art. 1985 unterstützt diese Bestimmung, indem darin verlangt ist, daß der Wille schriftlich oder mündlich ausgedrückt werde, was eine stillschweigende Willensäußerung auszuschließen scheint; eine Auslegung, die noch dadurch bekräftigt wird, daß der gleiche Artikel als Gegensatz weiter besagt: Die Annahme des Auftrags kann auch stillschweigend geschehen.

Nach seinem Wortlaute kennt also der Code die stillschweigenden Bevollmächtigungen nicht.

Trotzdem wird allgemein die Gültigkeit einer stillschweigenden Bevollmächtigung angenommen. Der Art. 1985 braucht das Wort mündlich nur im Gegensatz zur schriftlich gegebenen Einwilligung und will nur sagen, der Auftrag kann schriftlich oder nicht schriftlich gegeben werden. Um nun seinen Willen auszudrücken, ist es nicht gerade nothwendig, Worte auszusprechen, es kann eine Einwilligung durch Zeichen oder durch eine Handlung gegeben werden. Dahin geht der Geist unseres Gesetzbuchs. Der Art. 556 C. de pr. liefert sogar das Beispiel eines stillschweigenden Auftrags, indem er sagt, daß die Uebergabe des Urtheils an den Gerichtsvollzieher zu allen Executionsarten ermächtige, mit Ausnahme des Liegenschaftszugriffs und der Verhaftnahme.

Es ist auch unbegreiflich, daß der französische Gesetzgeber, der den spitzfindigen Förmlichkeiten des römischen Rechts so sehr feind ist, das Aussprechen bestimmter Worte bei Schließung eines Vertrags gefordert haben soll, den das römische Recht selbst unter die Consensualverträge zählte!

Was die Worte des Art. 1372: mag der Herr auch von der Geschäftsführung Kenntniß haben, anbelangt, so beziehen sie sich auf den Fall, wo der Herr Kenntniß von der Geschäftsführung hatte, ohne gewillt zu sein, sie gut zu heißen. Wenn ich z. B. weiß, daß eine Person meine Geschäfte besorgt und ich will mich dem widersetzen, ohne jedoch die Mittel dazu zu haben, sei es wegen Unzulänglichkeit der Verkehrsanstalten, oder weil ich wegen schwerer Krankheit meinen Willen nicht aussprechen kann: in diesen Fällen kann man nicht sagen, daß ich stillschweigend das gebilligt habe, was man für mich

und in meinem Namen gethan hat; hier ist kein Zusammentreffen der Willen, kein stillschweigender Auftragsvertrag, sondern der Quasicontract der Geschäftsführung.

Umgekehrt ist es aber, wenn der Herr die Geschäftsführung kannte und keine Einsprache erhob, obgleich er es zu thun in der Lage war, — dann haben wir einen Auftragsvertrag.

Nach zwei Richtungen ist es von Wichtigkeit, den stillschweigenden Auftragsvertrag und den Quasicontract der Geschäftsführung nicht zu verwechseln. — 1. Der Geschäftsführer hat auf den Herrn nur dann einen Rückgriff, wenn das Geschäft gut besorgt ist, m. a. W. sein Rückgriff hängt von dem Erfolge ab (Art. 1375); er hat also nur einen Anspruch auf nothwendige und nützliche Auslagen. Der Gewalthaber dagegen kann den Ersatz aller Auslagen verlangen, wenn auch der Gewaltgeber keinen Vortheil aus dem Vollzug des Auftrags gezogen hat; der Betrag seiner Kosten und Vorschüsse kann nicht einmal gemindert werden unter dem Vorwande, daß sie geringer hätten sein können, sofern kein Verschulden unterlief, das ihm angerechnet werden kann (Art. 1999). — 2. Wenn der Auftraggeber stirbt, dann hört der Auftrag auf und der Beauftragte ist nur dann gehalten, das Geschäft zu beendigen, wenn Gefahr auf dem Verzug ist (Art. 1991). Der Geschäftsführer dagegen muß in diesem Falle die Geschäftsführung unter allen Umständen fortsetzen, bis die Erben des Herrn dieselbe in die Hand nehmen können (Art. 1373, 1985. Zach. § 411).

III. Von den verschiedenen Arten, auf welche eine Vollmacht gegeben werden kann.

— 1. Vollmacht, im Namen des Auftraggebers zu handeln. — Dies ist der Fall, wenn ich Dir aufgebe, mich bei dem und dem Geschäfte zu vertreten, und Dir dabei anempfehle, den Dritten zu benachrichtigen, daß Du für mich und nicht für Dich den Vertrag eingehst.

— 2. Vollmacht, im Namen des Beauftragten zu handeln. — Es gehört nicht zum Wesen des Auftragsvertrags, daß der Beauftragte im Namen des Auftraggebers spricht; er kann mit dessen Einwilligung auch in eigenem Namen sprechen, wie wenn er für sich und in seinem Interesse handelte. Ich weiß, daß Du Dein Haus verkaufen willst und ich bin Liebhaber dazu; Du bist

aber mein Feind und würdest nicht mit mir handeln, wenn ich persönlich käme, oder doch nur zu übertriebenen Bedingungen; dann kann ich einen Freund aufstellen, der mir das Haus erwirbt, indem er sich hinstellt, als ob er den Kauf für sich abschlösse.

Die Wirkungen sind sehr verschieden, je nachdem der Beauftragte im Namen des Auftraggebers oder in eigenem Namen handelt.

Spricht er im Namen des Auftraggebers, dann ist er nur das Werkzeug in dessen Hand, dieser spricht durch des Beauftragten Mund. Was er in den Grenzen seiner Vollmacht sagt, thut und unterzeichnet, das wird so angesehen, als ob es der Gewaltgeber gesagt, gethan oder unterzeichnet hätte; thatsächlich unterhandeln die Dritten mit dem Gewalthaber, rechtlich schließen sie den Vertrag mit dem Gewaltgeber. Wie der Vertrag abgeschlossen ist, verschwindet der Beauftragte, alle gesetzlichen Wirkungen des Vertrags treten activ und passiv in der Person des Auftraggebers ein, wie wenn er es wäre, der den Vertrag geschlossen hat. Dritte, die mit dem Bevollmächtigten einen Vertrag schließen, haben sich nicht um die Zahlungsfähigkeit dieses, sondern um die des Vollmachgebers zu kümmern, als mit welchem allein sie in Beziehung treten.

Spricht er in eigenem Namen, dann treten alle gesetzlichen Wirkungen des Vertrags activ und passiv für seine Person ein. Der Dritte kennt nur ihn, er steht in keiner Beziehung zum Auftraggeber, den er gar nicht kennt; für ihn ist der Beauftragte Gläubiger und Schuldner. Da jedoch der Auftraggeber den Beauftragten für die gemachten Schulden schadlos halten muß und dieser ihm die erworbenen Rechte abzutreten hat, so kann der Dritte als Gläubiger des Beauftragten gemäß Art. 1166 in dessen Namen die Klage gegen den Auftraggeber anstellen und umgekehrt, dieser als Gläubiger seines Bevollmächtigten den Dritten belangen, der mit demselben sich in den Vertrag eingelassen hat.

Diese juristischen Unterschiede ziehen auch praktische Unterschiede nach sich. Wir wollen diese an einem Beispiele erläutern:

Ein Haus wird von einem Beauftragten gekauft, welcher im Namen des Auftraggebers spricht. — Das Eigenthum an dem Hause geht recta via vom Verkäufer auf den Auftraggeber über; es kommt keinen Augenblick auf den Beauftragten. Daraus folgt: — 1. Das Eigenthum geht auf den Auftraggeber

über, frei von allen gesetzlichen und richterlichen Unterpfandslasten, die etwa Namens des Beauftragten darauf gekommen sein mögen; — 2. der Staat bezieht nur eine Kaufaccise.

Ein Haus wird von einem Beauftragten gekauft, der in seinem Namen auftritt. — Hier geht das Eigenthum vom Verkäufer auf den Mandatar über. Da dieser aber durch den Vertrag gehalten ist, das erworbene Eigenthum auf den Mandanten zu übertragen, so geht dieses gemäß Art. 711 sofort aus seinem Vermögen in das des Mandanten über. Wir haben hier also zwei Uebergänge, nämlich vom Verkäufer auf den Mandatar und von diesem auf den Mandanten. Daraus folgt: — 1. Der Staat bezieht die Kaufaccise doppelt; — 2. das Eigenthum geht auf den Mandanten über, belastet mit den gesetzlichen und richterlichen Unterpfändern, die auf den Gütern des Mandatars ruhen.

Im ersten Falle schuldet der Mandant den Kaufpreis und es tritt Compensation ein, wenn der Verkäufer ihm eine fällige Summe schuldet.

Im zweiten Falle ist der Mandatar Schuldner und es tritt Compensation ein, wenn der Verkäufer ihm eine fällige Summe schuldet.

Wenn der Mandant den Preis schuldet, dann kümmert es den Verkäufer nicht, ob der Mandatar in Gant geräth oder nicht; ist aber der Mandatar der Schuldner, dann kann dessen Gant dem Verkäufer Nachtheil bringen, wenn das Haus, auf dem sein Vorzugsrecht ruht, zu Grunde gegangen ist oder an Werth verloren hat. Zwar kann er den Kaufpreis vom Mandanten fordern und dieser muß schließlich zahlen; da er ihn aber nur bekommt, indem er das Recht des Mandatars übt, so muß die erlangte Summe in dessen Gant eingeworfen werden und die Vertheilung geschieht unter alle Gläubiger nach Verhältniß.

IV. Von den wesentlichen Bestandtheilen des Auftrags.

Zu diesem Vertrage gehört:

— 1. Daß das betreffende Geschäft nicht gegen die Gesetze und die guten Sitten verstoßt. Wenn ich Dir versprochen habe, mit Schmugglern einen Vertrag für Dich abzuschließen, dann hast Du beim Nichtvollzuge meines Versprechens keinen Anspruch auf Entschädigung gegen mich, und umgekehrt gibt der Vollzug mir

keine Klage auf Ersatz der mir dadurch verursachten Auslagen. Gleichfalls nichtig ist der Auftrag, den ein Vormund gibt, für ihn Güter seines Mündels zu kaufen (Art. 450, 1596).

— 2. Das Geschäft muß so sein, daß der Mandant es rechtlich selbst besorgen könnte; dies ist eine Folge der Regel, daß der, welcher durch einen Mandatar handelt, als selbst handelnd angesehen wird. Ich kann Dir also nicht auftragen, mir mein Haus zu kaufen, denn man kann nicht seine eigene Sache kaufen.

— 3. Der Mandant muß fähig sein, sich zu verpflichten. Der Vollzug eines Auftrags, den ein Unfähiger, z. B. ein Minderjähriger oder Entmündigter, gibt, verpflichtet den Mandanten weder dem Mandatar gegenüber, der seine Auslagen auf sich behält, noch gegen Dritte, die sich mit dem Mandatar eingelassen haben. Immerhin kann aber der unfähige Mandant mit der actio de in rem verso bis zum Belauf des ihm aus dem Vollzug des Auftrags erwachsenen Vortheils belangt werden.

Muß auch der Mandatar die gleiche Fähigkeit haben? Diese Frage hängt mit der zusammen: Welche Personen können als Mandatare gewählt werden?

Die Antwort fällt verschieden aus, je nachdem man die Frage betrachtet, nach den Beziehungen zwischen Mandant und Mandatar, oder zwischen dem Mandanten und den Dritten, die sich mit dem Mandatare eingelassen haben. Zwischen Mandant und Mandatar ist die Rechtsfähigkeit des letzteren in dem Sinne nothwendig, daß der Mandant kein Klagrecht hat, wenn der Mandatar den Auftrag gar nicht oder schlecht vollzieht.

Ausnahmsweise kann ihn der Mandant belangen: — 1. wenn er Gegenstände im Besitz hat, die er kraft des Auftrags und als Mandatar erhalten hat, denn er darf sich nicht auf Kosten des Mandanten bereichern; — 2. wenn er sich ihm in betrügerischer Weise als rechtsfähig dargestellt hat (Art. 1307), oder sich bei seiner Geschäftsführung ein Vergehen zu Schulden kommen ließ (Art. 1310).

Mit einem Worte, zwischen Mandant und Mandatar gilt das, was das gemeine Recht über die Rechtsfähigkeit der Personen bestimmt.

Im Verhältniß zwischen Mandant und Dritten kommt es wenig darauf an, ob der Mandatar fähig ist, sich zu verpflichten,

oder nicht. Wer Vertrauen in die Klugheit und Gewandtheit eines emancipirten Minderjährigen oder einer nicht ermächtigten Frau hat, kann diese auf seine Gefahr als **Vertreter** wählen; der Dritte hat kein Interesse, sich zu verlässigen, ob sie vertragsfähig sind oder nicht, denn, rechtlich genommen, tritt er mit dem Mandanten und nicht mit dem Mandatar in Beziehung. Der Mandatar ist in der That nur ein Stimmträger und ist es mithin gleichgültig, ob er vertragsfähig ist, wenn er nur die Fähigkeit hat, den Willen seines Mandanten dem Dritten kund zu geben. Das Interesse des Mandanten mag gefährdet sein, wenn der Mandatar sein Geschäft schlecht besorgt, aber er hat ja selbst diese Gefahr heraufbeschworen.

Außer emancipirten Minderjährigen und nicht ermächtigten Ehefrauen kann man auch nicht emancipirte Minderjährige und Entmündigte als Mandatare wählen. Wenn der Art. 1990 nur von jenen spricht, so kommt dies daher, weil es außerordentlich selten ist, daß man ein Geschäft einem nicht emancipirten Minderjährigen oder einem Entmündigten anvertraut.

Wird der Mandatar aufgestellt, um **in eigenem Namen** zu sprechen, dann ist seine Rechtsfähigkeit unumgänglich nothwendig, weil ein solcher Mandatar sich persönlich verpflichtet (Art. 1990. Zach. § 411).

V. Von den Personen, in deren Interesse ein Auftrag gegeben werden kann.

Dies kann geschehen:

— 1. Im Interesse dessen, der ihn gibt, des Mandanten: der gewöhnlichste Fall.

— 2. Im Interesse des Mandanten und des Mandatars; wenn ich Dir z. B. den Auftrag gebe, dem und dem eine bestimmte Summe zu 5 % zu leihen, der dieses Geld dann zu meinen Geschäften verwenden soll.

— 3. Im Interesse eines Dritten; z. B. ein Freund von mir ist abwesend, seine Geschäfte liegen darnieder, ich selbst bin verhindert, mich darum anzunehmen, und gebe einem Dritten den Auftrag dazu. Dieser Auftrag ist meiner Seits ein Act der Führung der Geschäfte meines Freundes; ist er nothwendig oder auch nur nützlich für Erhaltung oder Hebung seines Vermögens, dann

ist Alles so, als ob er selbst den Auftrag gegeben hätte. Es gilt nämlich die Regel, daß die zum Nutzen vorgenommenen Handlungen der Geschäftsführung so angesehen werden, als ob sie von der Person ausgingen, in deren Interesse sie vorgenommen wurden. Es hat folglich mein Freund die actio mandati directa gegen den Mandatar und gegen ihn, nicht aber gegen mich hat dieser die actio contraria. Wenn der Mandatar den Auftrag, den ich ihm gegeben, nicht oder schlecht vollzieht, dann kann ich ihn auf Schadenersatz belangen, aber der Vortheil aus der Verurtheilung gehört meinem Freunde, denn ich habe seine und nicht meine Klage angestellt: ich habe in seinem und nicht in in meinem Namen den Mandatar verfolgt. Indem ich diesen zur Rechenschaft zog, habe ich die Geschäftsführung fortgesetzt, die ich durch die Bevollmächtigung begonnen hatte.

Der im Interesse eines Dritten gegebene Auftrag ist aber nichtig, wenn ich dadurch auf den Fall des Nichtvollzugs für mich einen Anspruch auf Entschädigung zu erzielen bezweckte; denn dieser Nichtvollzug verursacht mir keinen Schaden und vereitelt mir keinen Gewinn. Wenn jedoch der Mandatar den Auftrag, den ich ihm gegeben habe, freiwillig vollzieht, dann tritt er mit mir in ein Vertragsverhältniß, denn von da an werde ich dem Dritten, dessen Geschäfte geführt werden, verantwortlich für die Folgen dieser auf mein Geheiß eingetretenen Geschäftsführung; ich habe also ein Interesse, daß die Geschäftsführung und zwar nützlich fortgesetzt werde.

Der Auftrag, der nur im Interesse des Mandatars gegeben wird, ist nur ein einfacher R a t h, der Niemand bindet. Ich bin Dir also nicht für Darlehen verantwortlich, die Du gemacht hast, weil ich Dir rieth, Dein Geld lieber auf Zinsen anzulegen, als zum Liegenschaftserwerb zu verwenden.

Ebenso verhält es sich mit der bloßen E m p f e h l u n g; z. B. ich schreibe Dir, nehme Dich um den und den an, er ist ein Ehrenmann und Du thust mir einen Gefallen, wenn Du ihn mit Rath und That unterstützt, dann hafte ich Dir nicht für die Summe, die Du ihm etwa geliehen hast, denn ich wollte mich nicht verpflichten, sondern nur eine Empfehlung machen. Jedoch muß man hier den Fall der culpa und des dolus ausnehmen und ich bin verantwortlich, wenn ich Dir anempfahl, einer Person zu leihen, deren Insolvenz ich kannte.

VI. Von den verschiedenen Arten des Auftrags.

Der Auftrag ist vertragsmäßig, wenn er das Werk der Betheiligten ist; gesetzlich, wenn ihn das Gesetz gibt, wie es z. B. dem überlebenden Elterntheile die Vormundschaft über die Kinder anvertraut; gerichtlich, wenn er vom Richter ausgeht, dieser z. B. einen Notar aufstellt, um einen Abwesenden bei einer Erbtheilung zu vertreten (Art. 113).

Der Auftrag ist unentgeltlich oder belohnt.

An und für sich ist er unentgeltlich und eine etwaige Belohnung muß bedungen werden. Jedoch ist es nicht unumgänglich nothwendig, daß diese Stipulation ausdrücklich geschieht; sie versteht sich in allen den Fällen von selbst, wo ich Jemanden beauftrage, für mich eine Handlung seines Gewerbs vorzunehmen, wenn ich z. B. einen Advocat aufstelle, um mich zu vertreten. Hier richtet sich die Belohnung nach der gesetzlichen oder üblichen Taxe.

Der unentgeltliche Auftrag ist ein einseitiger Vertrag, denn er verpflichtet nur den Mandatar direct. Der Mandant ist zwar auch verpflichtet, wenn der Vollzug des Auftrags dem Mandatar einen Schaden verursacht (Art. 2000), oder wenn er ihn zu Auslagen veranlaßt (Art. 1999), aber diese Verbindlichkeit entsteht ex post facto.

Selbst dann ist er einseitig, wenn eine Belohnung bedungen ist, denn der Mandant ist nicht gezwungen, die versprochene Belohnung gewinnen zu lassen, denn er kann den Auftrag vor Beginn des Vollzugs widerrufen. Art. 1985 hebt hier jeden Zweifel, derselbe gilt für den belohnten wie für den unentgeltlichen Auftrag und besagt, daß der Beweis durch einen einfachen Brief, d. h. eine Urkunde, die nicht doppelt gefertigt ist, geliefert werden kann, was nur bei einem einseitigen Vertrage Anwendung findet.

Der belohnte Auftrag und die Dienstmiethe dürfen nicht verwechselt werden, sie unterscheiden sich in Folgendem:

— 1. Der Mandatar vertritt den Mandanten; wer seine Dienste vermiethet, kann für denjenigen, der ihn zahlt, weder stipuliren, noch zusagen; er vertritt ihn nicht.

— 2. Die Dienstmiethe ist ein zweiseitiger Vertrag, denn sie verpflichtet beide Theile. Wer einen Lohn versprochen hat, um eine Sache machen zu lassen, kann den Arbeiter nicht hindern, den

versprochenen Lohn zu verdienen. Er kann zwar das Fertigen der Sache hemmen, muß dann aber dem Arbeiter das bezahlen, was er durch Fertigung der Arbeit gewonnen hätte (Art. 1794). Der Mandant dagegen kann durch Widerruf des Auftrags den Mandatar hindern, die versprochene Belohnung zu gewinnen, deshalb zählen wir auch den belohnten Auftrag zu den einseitigen Verträgen.

— 3. Da die Dienstmiethe ein zweiseitiger Vertrag ist, so muß die darüber aufgenommene Urkunde doppelt gefertigt sein (Art. 1325). Der belohnte Auftrag als einseitiger Vertrag kann durch eine einfache Urkunde, sogar durch einen Brief bewiesen werden.

— 4. Der Arbeiter kann nicht einseitig vom Vertrag abgehen, dagegen kann der bezahlte Mandatar den Auftrag künden.

— 5. Mitvermiether sind nur dann sammtverbindlich, wenn es ausdrücklich bedungen ist. — Mitmandanten sind kraft Gesetzes sammtverbindlich (Art. 2002).

— 6. Der Lohn der Mandatare ist nicht privilegirt; der der Dienstleute ist es in den meisten Fällen (Art. 2101 — 2103 und Art. 549 C. c.).

— 7. Die Dienstmiethe hört mit dem Tode des Arbeiters, nicht aber auch des Herrn auf (Art. 1795). — Der belohnte Auftrag endigt mit dem Tode des einen wie des anderen Theils (Art. 2003).

An welchen Zeichen erkennt man, ob ein belohnter Auftrag oder eine Dienstmiethe vorliegt?

Die Einen sagen, der Vertrag, in welchem sich eine Person verpflichtet, für die andere etwas zu thun, ist eine Dienstmiethe, wenn die Dienstleistung bezahlt werden muß, d. h., wenn die für den Dienst bedungene Summe dessen Gegenwerth ist; er ist ein Auftragsvertrag, wenn von einem Lohne keine Rede ist, oder wenn zwischen Lohn und Dienst ein so großes Mißverhältniß herrscht, daß der Lohn nur eine Entschädigung, eine kleine Vergütung für den ist, der seine Arbeit versprochen hat. Hiernach sind Advocaten, Professoren, Aerzte, Notare wahre Mandatare. Der Dienst, den sie leisten, ist im Vergleich zur Belohnung so groß, daß man diese nicht als den Gegenwerth ansehen kann. — Hiernach wäre der Baumeister, der Dienstbote, überhaupt jeder Arbeiter, welcher seine Arbeit umsonst liefert, ebenfalls ein Mandatar.

Nach den Andern liegt ein Auftrag immer dann vor, wenn eine Person die Ermächtigung erhält, einen juristischen Act z. B. Kauf, für eine andere Person vorzunehmen, von der sie Dritten gegenüber als Stellvertreter ernannt wird, d. h. von der sie angewiesen wird, in ihrem Namen zu handeln und zu sprechen, mag nun der Dienst umsonst oder gegen Zahlung geleistet werden. Wo wir diese Ermächtigung treffen, da ist ein Auftrag, und wo sie fehlt, da ist keiner. Die Uebereinkunft bildet eine Dienstmiethe, wenn für den zu leistenden Dienst ein Lohn bedungen wurde, andernfalls einen Innominatcontract. Hiernach sind der Arzt, der mich behandelt, der Lehrer, dem ich meine Kinder anvertraue, der Notar, der den Vertrag aufnimmt, den ich mit einem Dritten geschlossen habe, mein Secretär, mein Bibliothekar, nicht meine Mandatare, denn weder wenn sie in eigenem, noch wenn sie in meinem Namen handeln, sind sie meine Stellvertreter; der Vertrag zwischen uns, kraft dessen ihnen für den Dienst ausdrücklich oder stillschweigend ein Lohn ausgesetzt ist, bildet eine reine Dienstmiethe. Mein Advocat dagegen ist mein Mandatar, er spricht in meinem Namen, er vertritt mich. Ebenso ist es mit dem Gerichtsvollzieher, der für mich handelt.

Zur Bekräftigung dieser Ansicht kann man geltend machen: — 1. Nach dem Wortlaute des Gesetzes ist derjenige ein Mandatar, der es übernommen hat, im Namen eines Andern, welcher ihn als seinen Repräsentanten aufgestellt hat, zu handeln und zu sprechen (Art. 1984).

— 2. Art. 1999 spricht von einem belohnten Auftrage, ohne sich darum zu kümmern, ob der versprochene Lohn im Verhältniß zu dem zu leistenden Dienste mäßig ist oder nicht.

— 3. Das Gesetz hätte, wenn es anderer Ansicht gewesen wäre, eine Classification der freien Gewerbe geben müssen und damit, daß das nicht geschah, hat es gezeigt, daß es keinen Unterschied zwischen der höheren und niederen Arbeit machen wollte. —

Wir müssen zugeben, daß Aerzte, Professoren und überhaupt die, welche in eigenem Namen für einen Andern arbeiten, der sie bezahlt, keine Mandatare sind. Aber nimmermehr können wir behaupten, daß das Gesetz unter die Dienstboten, Miethlinge oder Werkmeister die Männer der höheren Gewerbe einreihen wollte, welche gegen eine Vergütung in Geld ihre Mühe und Gelehrsamkeit einem Anderen widmen: die Wissenschaft und

die Bemühungen eines Arztes sind keine Miethgegenstände. Mit einem Worte, es ist hier eine Lücke im Gesetze. Dieses hat in der Lehre von der Miethe die Hand- und niederen Arbeiten und im Titel von dem Auftrage die Uebereinkunft geregelt, kraft deren sich eine Person verpflichtet, im Namen eines Andern, der sie als seinen Repräsentanten aufstellt, zu handeln und zu sprechen. Was den Vertrag anbelangt, durch den ein Gelehrter sein Wissen einem Anderen widmet, so ist der im Gesetze nicht vorgesehen; er ist also weder eine Dienstmiethe, noch ein Auftrag; er ist ein unbenannter Vertrag (Art. 1986. Zach. § 410).

Der Auftrag ist ein besonderer oder ein allgemeiner. Ein besonderer ist er, wenn er ein bestimmtes Geschäft zum Gegenstande hat; ein allgemeiner, wenn er alle Geschäfte des Auftraggebers umfaßt.

Ist er ein besonderer, dann zeichnet die Aufzählung der Handlungen, die dessen Gegenstand bilden, die Gränzen der Vollmacht des Mandatar vor; was darüber geht, ist nichtig und verpflichtet den Mandanten nicht. Der Mandatar z. B., der bevollmächtigt ist, einen Vergleich zu schließen, d. h. einen Rechtsstreit dadurch abzuschneiden, daß er sich mit dem Gegner des Mandanten verständigt, kann sich auf keinen Compromiß einlassen, d. h. die Entscheidung des Streits Schiedsrichtern anheim geben. Einen Streit durch eigenes Urtheil oder durch fremdes beilegen ist zweierlei.

Schwieriger ist es, die Gränzen einer Vollmacht aus einem allgemeinen Auftrage zu bestimmen, der vielleicht so gefaßt ist: Ich ermächtige Dich, Alles zu thun, was Dir in meinem Interesse zu liegen scheint, oder alle die Handlungen vorzunehmen, die ich selbst vornehmen könnte.

Eine so ausgedehnte Vollmacht scheint das Recht zu geben, sowohl Eigenthums- als Verwaltungshandlungen vorzunehmen. Unser Gesetzbuch bestimmt aber, daß eine solche Vollmacht nur zu Verwaltungshandlungen berechtige, und das Recht zu Veräußerungen, Verpfändungen und anderen Eigenthumshandlungen kann nur in besonderer Vollmacht gegeben werden. Man ging von der Ansicht aus, daß wenn der Mandant, der eine allgemeine Vollmacht gegeben hat, damit auch das Recht zum Veräußern und Verpfänden hätte geben wollen, bei der hohen Wichtigkeit der Sache nicht unterlassen haben würde, seinen Willen ausdrücklich

kund zu geben. Durch das Verlangen ausdrücklicher Erklärung verhindert man Zweifel und begegnet Ueberlistungen und Irrthümern.

Eine Veräußerung ist zuweilen nur eine Handlung der Verwaltung, z. B. der Verkauf der Erndte, oder anderer beweglicher Gegenstände, die dem Verderben ausgesetzt sind; Handlungen dieser Art können darum auch kraft einer allgemeinen Vollmacht vorgenommen werden (Art. 1987—1989. Zach. § 412 und 413).

Zweites Kapitel.

Von den Pflichten des Bevollmächtigten.

Er muß:

— 1. den empfangenen Auftrag erfüllen, d. h. das ihm anvertraute Geschäft und was damit nothwendig zusammenhängt, bis zu Ende führen. Kommt er dieser Verbindlichkeit nicht nach, dann wird er für den Schaden verantwortlich, wenn der Mandant deshalb einen solchen erlitten hat. Habe ich Dich z. B. beauftragt, eine Inscription zu erneuern; Du hast es unterlassen und es ist deshalb meine Inscription erloschen: dann bist Du im Verschulden, aber dieses Verschulden ist vielleicht nicht schädlich, wenn z. B. nachgewiesen wird, daß die Erneuerung mir doch keinen vortheilhaften Rang gesichert hätte. Hier brauchst Du mir auch keine Entschädigung zu zahlen (Art. 1991. Zach. § 413).

— 2. Den Auftrag in gutem Glauben und in der Absicht, als guter Hausvater zu handeln, vollziehen. Er haftet also für dolus und culpa.

Mit der Verantwortlichkeit bezüglich der culpa wird es bei dem bezahlten Mandatare strenger genommen, als bei dem unbezahlten. Das Gesetz mußte mehr Eifer und Sorgfalt von einem Manne verlangen, der sich für seinen Dienst zahlen läßt, als von dem, der ihn aus Gefälligkeit leistet (Art. 1992. Zach. l. c.).

— 3. Rechnung über seine Geschäftsführung ablegen und zwar über die Geldsummen und anderen Gegenstände, die er als Mandatar erhalten hat, die ihm als Guthaben des Mandanten bezahlt wurden.

Mit den Summen, die er empfangen, schlägt er die wett, welche er ausgegeben hat. Schuldet er bestimmte Stücke, dann

muß er sie in allen Fällen zurückgeben, denn derartige Schulden können nicht wettgeschlagen werden (Art. 1291, 1293). Dagegen hat er ein Retentionsrecht darauf zur Sicherung der Zahlung seiner Auslagen: denn wenn die Verbindlichkeiten aus dem nämlichen Geschäfte entspringen, dann kann Keiner den Andern zum Vollzug zwingen, ohne selbst zu vollziehen.

Die Erhaltungsauslagen sind sowohl durch ein Retentionsrecht, als durch ein Vorzugsrecht auf die erhaltene Sache gesichert (Art. 2102, Nr. 3).

Der Mandatar muß die Sachen verrechnen, welche er kraft des Auftrags erhalten hat, mag auch der Mandant diese Sachen nicht zu fordern gehabt haben. Sie wurden in Wirklichkeit dem Mandanten bezahlt, weil er für den Urheber alles Dessen angesehen wird, was der Mandatar vornimmt; darum geht auch gegen ihn und nicht gegen den Mandatar die condictio indebiti.

Die Rechnung umfaßt nicht nur die persönliche Geschäftsführung des Mandatars, sondern auch die derjenigen Personen, denen er den ganzen oder theilweisen Vollzug des Auftrags anvertraut hat. Jedoch haben wir in dieser Beziehung mehrere Unterscheidungen zu machen.

— 1. Ist in der Vollmacht die Befugniß nicht gegeben, zum Vollzug des Auftrags einen Anderen zu substituiren und der Mandatar substituirt sich trotzdem Jemanden, so geschieht das auf seine Gefahr und Verantwortlichkeit.

— 2. Enthält die Vollmacht diese Befugniß, ohne eine bestimmte Person zu bezeichnen, dann kann der Mandatar seine Gewalt einem Dritten ganz oder zum Theil übertragen, ohne für dessen Geschäftsführung verantwortlich zu sein. Substituirt er jedoch eine offenkundig unfähige und insolvente Person, dann ist seine Wahl ein Versehen, das ihn verantwortlich macht.

— 3. Ist in der Vollmacht die Gewalt gegeben, eine bestimmte Person zu substituiren, und der Mandatar stellt diese auf, dann ist er von aller Verantwortlichkeit frei.

— 4. Verbietet die Vollmacht die Substitution, dann läßt sich der Mandatar, der dem zuwiderhandelt, einen dolus zu Schulden kommen, der ihn viel mehr haftbar macht, als wenn die Vollmacht weder Erlaubniß noch Verbot enthält.

In allen Fällen, wo der Mandatar für die Geschäftsführung des Substituten verantwortlich ist, sollte man meinen, der Mandant

habe nur gegen ihn ein Klagerecht, vorbehaltlich des Rückgriffs des Mandatars auf den Substituten, seinen Mandatar. Wäre diese Bestimmung im Gesetze aufgenommen worden, dann hätte der Mandant gegen den Substituten nur als Gläubiger des Mandatars auf Grund des Art. 1166 klagen können. Um jedoch den Kreislauf der Klagen zu vermeiden, gestattet das Gesetz dem Mandanten, den Substituten unmittelbar und im eigenen Namen, wie wenn er sein Mandatar wäre, zu belangen. Was er durch die Klage herausbringt, gehört ihm ausschließlich selbst dann, wenn der Mandatar in Gant ist; was anderes wäre es, wenn er nur auf Grund des Art. 1166 klagen könnte; hier müßte er mit den andern Gläubigern des Mandatars theilen (Art. 1993, 1994. Zach. l. c.).

Wenn mehrere Mandatare in der nämlichen Urkunde aufgestellt sind, dann hat unter ihnen keine Sammtverbindlichkeit statt, die nicht ausgedrückt ist. Diese Bestimmung des Art. 1995 scheint überflüssig, weil Art. 1202 ausdrücklich sagt, eine Sammtverbindlichkeit trete nur ein, wenn sie ausdrücklich bedungen wird, außer den Fällen, wo sie das Gesetz selbst einführt.

Die Verfasser des Code glaubten aber sich hier bestimmt darüber aussprechen zu müssen, weil nach römischen Rechte mehrere Mandatare, die in der gleichen Urkunde und für das nämliche Geschäft ernannt waren, für den Vollzug des Auftrags solidarisch hafteten. Die Römer gingen von dem Gedanken aus, daß jeder einzelne Mandatar die Verpflichtung übernommen habe, das ganze Geschäft zu besorgen, oder unter seiner Verantwortlichkeit die Verwaltung der anderen Mandatare zu überwachen. Da das Mandat aber dem gemeinen Interesse von wesentlichem Nutzen ist, so mußte der Code es begünstigen, indem er diese strenge Auslegung verwarf.

Wenn die Testamentsvollzieher sammtverbindlich sind, so ist das nur der Fall, weil diese Mandatare nicht von dem gewählt sind, den sie vertreten (dem Erben) und man diesen möglichst sichern mußte (Art. 1033).

Wurde der Auftrag nicht oder schlecht vollzogen, dann kann der Mandant jeden Mandatar nur für sich und seinen Theil auf Entschädigung belangen. Die Erhebung der Klage gegen den Einen unterbricht also die Verjährung bezüglich der Andern nicht (Art. 1206) und genügt auch nicht, gegen sie die Zinsen aus den rück-

ständigen Summen laufen zu machen (Art. 1207). Jedoch kann der Mandant den von ihnen auf das Ganze belangen, welcher durch seine That einen Schaden verursacht oder sich Gelder angeeignet hat, mit denen er noch im Rückstande ist: für persönliche Handlungen ist man stets in solidum haftbar.

Wenn mehrere Mandatare für das gleiche Geschäft aber in verschiedenen Urkunden mit der Bestimmung aufgestellt wurden, daß das zweite Mandat das erste nicht widerrufe (Art. 2006), dann haftet jeder für das Ganze im Vollzug des Auftrags, denn hier liegt nicht ein Mandat, sondern mehrere vor, die von einander geschieden sind. Die eigentliche Sammtverbindlichkeit herrscht aber nicht unter ihnen, denn diese ist da, wo es an einer ausdrücklichen Stipulation fehlt, nur in den gesetzlich bestimmten Fällen vorhanden. Sie haften also nur in dem Sinne in solidum, daß Jeder auf das Ganze belangt werden kann. Unter sich stehen sie aber in keiner Beziehung, sie vertreten sich gegenseitig nicht so, daß sie die Klagen für einander annehmen können; die Art. 1206 und 1207 finden auf sie keine Anwendung (Art. 1995. Zach. l. c.).

Wenn der Mandatar die Summen in seinen Nutzen verwendet, welche er für den Mandanten empfangen hat, dann muß er sie vom Tage der Verwendung an verzinsen; er darf die Beträge nicht zum eigenen Vortheile ausbeuten, welche er zum Vortheile des Mandanten zu nutzen versprach. Er kann sogar auch noch zu anderen Entschädigungen verurtheilt werden, denn seine Verbindlichkeit beschränkt sich nicht auf eine bestimmte Summe (Art. 1153), sie besteht auch darin, daß er etwas thut. Wenn Du z. B. die Summe für Dich verwendest, welche ich Dir gegeben habe, um meinen Gläubiger zu zahlen, dann schuldest Du mir außer den Zinsen auch noch den Ersatz der Kosten, die durch die Betreibung Seitens des nicht bezahlten Gläubigers aufgelaufen sind.

Es kann sogar vorkommen, daß er kraft Gesetzes die Beträge verzinsen muß, welche er müssig hat liegen lassen, wenn er z. B. damit ein verzinsliches Capital zahlen sollte. In diesem Falle schadet seine Nachlässigkeit dem Mandanten und er muß ihn schadlos halten.

Von den Summen, mit denen er im Rückstande bleibt, muß er von dem Tage der Verzugssetzung an Zinsen zahlen, d. h. von

dem Tage an, wo er zur Zahlung, gemäß Art. 1139, aufgefordert wurde (Art. 1996. Zach. l. c.).

Drittes Kapitel.

Von den Pflichten des Vollmachtgebers.

1. Er muß die Verpflichtungen auf sich nehmen, welche der Mandatar in den Gränzen seiner Vollmacht eingegangen hat. Dritte können ihn direct belangen, um ihn dazu zu zwingen, sofern nicht der Mandatar in eigenem Namen gesprochen hat, wo sie dann auf den Mandanten nur gemäß Art. 1166 greifen können.

Handlungen, welche der Mandatar über seine Befugnisse hinaus vorgenommen hat, verpflichten den Mandanten nicht; ertheilt dieser aber nachträglich seine Genehmigung, dann ist der Mangel der Vollmacht mit rückwirkender Kraft getilgt und die Handlungen haben die gleichen Wirkungen, wie wenn die Ermächtigung dazu schon von Anfang an da gewesen wäre: ratihabitio mandato aequiparatur. Jedoch kann diese rückwirkende Kraft der Genehmigung, so viel sie auch inter partes gilt, den wohlerworbenen Rechten Dritter nicht schaden. Wenn ich z. B. den Auftrag gebe, mein Haus um 10,000 fl. zu verkaufen, der Mandatar verkauft es um 8000 fl. und nach diesem Verkauf, der wegen Ueberschreitung der Vollmacht nichtig ist, verpfände ich dieses Haus, ratihabire aber noch später den Verkauf, dann kann diese Ratihabition die Unterpfandsbestellung nicht wieder aufheben.

Der Mandant, welcher die über die Vollmacht hinaus vorgenommenen Handlungen nicht ratihabirt, kann nicht belangt werden. Kann es aber der Mandatar? Haben Dritte, die sich mit ihm eingelassen, eine Klage gegen ihn? Ja, wenn er sie nicht vom Umfang seiner Vollmacht in Kenntniß gesetzt hat. Nein, im entgegengesetzten Falle. Wenn ich z. B. Dir sage: ich kaufe für den Paul Dein Haus um 15,000 fl., meiner Vollmacht nach darf ich aber nur bis auf 10,000 fl. gehen, ich sage aber mehr zu, weil das Haus es werth ist und ich hoffe, daß Paul den Kauf genehmigen wird: — dann ist das Geschäft stillschweigend auf Gefahr des Gläubigers unter der aufschiebenden Bedingung der Ratihabition gestellt. Ich bin nur in sofern haftbar, als ich ausdrücklich dafür einstand, daß

die Genehmigung erfolgen werde. — Wenn ich dagegen den Kauf um 15,000 fl. abschloß, ohne Dich zu benachrichtigen, daß meine Vollmacht nicht so weit gehe, dann hafte ich persönlich, wenn ich auch im Namen des Mandanten gesprochen habe. Der Verkäufer mußte glauben, daß ich in den Gränzen seiner Vollmacht handle und darf in meiner Erwartung nicht getäuscht werden.

Nehmen wir einige Fälle zur Erläuterung:

Wenn ein Mandatar, der ermächtigt ist, ein Haus um 10,000 fl. zu kaufen, dasselbe um 8000 fl. ersteht, kann er vom Mandanten gezwungen werden, es ihm um diesen Preis zu überlassen? Ja, wenn er es im Namen des Mandanten gekauft hat. Der Auftrag sagt nur, theurer als 10,000 fl. soll nicht gekauft werden, wohl aber wohlfeiler.

Hat dagegen der Mandatar in eigenem Namen gekauft, dann kann er nicht zur Ueberlassung gezwungen werden. Er sagt dem Mandanten: Ich habe den Auftrag nicht vollzogen, Du kannst mich auf Entschädigung belangen. Ich behalte das Haus, denn ich habe es für mich gekauft.

Wenn der gleiche Mandatar das Haus theurer, z. B. um 12,000 fl., kauft, dann kann der Mandant weder vom Mandatar, noch vom Verkäufer gezwungen werden, es anzunehmen; er ist nicht repräsentirt worden, denn der Mandatar hat seine Vollmacht überschritten.

Kann aber der Mandant den Mandatar oder den Verkäufer zwingen, ihm das Haus für 12,000 fl. zu überlassen?

Er ist befugt dazu, wenn es in seinem Namen gekauft wurde, denn hier ist das Erbieten zur Annahme um 12,000 fl. eine stillschweigende Genehmigung, die den Kauf mit rückwirkender Kraft gültig macht. Er kann den Mandatar sogar zwingen, ihm das Haus um 10,000 fl. zu überlassen, wenn er beweisen kann, daß er es um diesen Preis hätte bekommen können. Wenn der Mandatar aber den Kauf um 12,000 fl. abschloß, weil er es nicht um 10,000 fl. bekommen konnte, wenn er keinen anderen als den Zweck hatte, die Gelegenheit zu nützen, ein seinem Mandanten zusagendes Haus zu kaufen, dann hat dieser nur die Wahl, es um den Kaufpreis zu nehmen oder es dem Mandatare zu lassen.

Er ist nicht dazu befugt, wenn der Mandatar in eigenem Namen gekauft hat. Alles, was der Mandant hier thun kann, ist, den Mandatar auf Entschädigung zu belangen, wegen Nicht-

vollzug des Auftrags und er ist nicht einmal sicher, eine solche zu erhalten, weil es möglich ist, daß den Mandatar kein Verschulden trifft; wenn er z. B., nachdem er 10,000 fl. geboten hat, überboten wird, dann kann er gültig für sich kaufen.

In allen Fällen aber kann der Mandant vom Verkäufer wie vom Mandatar gezwungen werden, das Haus um 10,000 fl. anzunehmen, denn er kann sich nicht beschweren, wenn man ihm die Sache um den selbst bestimmten Preis überläßt.

Bezüglich der Haftbarkeit des Mandatars dem Verkäufer gegenüber gilt das Obengesagte (Art. 1996 und 1998. Zach. § 415).

— 2. Der Mandant muß ferner dem Mandatar die Vorschüsse und Kosten des verrichteten Auftrags mit Zinsen vom Tage der Verwendung an ersetzen und zwar sogar dann, wenn das Geschäft den erwarteten Erfolg nicht hatte, sofern ihn hierbei kein Verschulden trifft.

Er muß sie auch ganz ohne Abzug dann vergüten, wenn eine andre Person das Geschäft billiger hätte besorgen können, sofern nicht nachgewiesen wird, daß der Mandatar, bei mehr Vorsicht und Eifer, den Mandanten weniger beschwert haben würde.

3. Er muß den versprochenen Lohn zahlen. Dieser trägt aber, zum Unterschied von den Vorschüssen, erst vom Tage der gerichtlichen Anforderung an Zinsen nach Art. 1153 (Art. 1999, 2001. Zach. § 414).

4. Er muß dem Mandatar den Verlust ersetzen, den dieser ohne sein Verschulden **bei Vollzug des Auftrags** erlitten hat. Alle Verluste müssen vergütet werden, die der Vollzug des Auftrags veranlaßt hat. Wenn z. B. der Mandatar auf einer Reise, die er zum Vollzug des Auftrags unternommen hat, verwundet oder beraubt wird, dann hat er Anspruch auf Entschädigung (Art. 2000, vergl. mit 1852 und 1947. Zach. l. c.).

Da das Gesetz das Mandat als der Gesellschaft nützlich ansieht, so erklärt es mehrere Mandanten, dem Mandatare, den sie für eine gemeinschaftliche Angelegenheit bestellt haben, gegenüber sammtverbindlich haftbar und zwar ohne Unterschied, ob es sich um den Ersatz von Vorschüssen und Kosten oder Zahlung des versprochenen Lohnes handelt (Art. 2002. Zach. l. c.).

Viertes Kapitel.

Von der Erlöschung des Auftrags.

I. Von den Ursachen, die dem Auftrage ein Ende machen.

Der Auftrag erlöscht:

— 1. Durch den Widerruf des Mandanten (Art. 2003). Da der Auftrag einzig nur im Interesse des Mandanten gegeben wird, so muß er auch nach dessen Belieben aufhören.

Der Widerruf geschieht ausdrücklich oder stillschweigend. Stillschweigend geschieht er, wenn der Mandant eine zweite Person mit dem Geschäfte beauftragt, welches Gegenstand des ersten Auftrags war. Wenn ich Dir z. B. Generalvollmacht zur Verwaltung aller meiner Güter gegeben habe und beauftrage dann einen Dritten, mein Haus zu verwalten, es zu vermiethen, den Miethzins davon einzuziehen ꝛc., dann ist der erste Auftrag in allem Dem widerrufen, was die Verwaltung meines Hauses betrifft. Habe ich diesem aber den Auftrag gegeben, das Haus zu verkaufen, dann ist das erste Mandat nicht widerrufen, denn das zweite betrifft ein Geschäft, welches nicht in der Befugniß des ersten Mandatars liegt.

Jedoch kann es vorkommen, daß der Mandant bei Bestellung eines zweiten Mandatars nicht beabsichtigte, den ersten abzusetzen, sondern ihm nur einen Mitmandatar zu geben. — Es ist dies eine Thatfrage (Art. 2003, 2004, 2006. Zach. § 416).

— 2. Durch Aufkündigung des Mandatars. Der Auftrag ist in der Regel unentgeltlich und, wenn er je bezahlt wird, so ist der Lohn mehr eine Entschädigung als ein Gewinn und deßhalb ermächtigt das Gesetz den Mandatar zur Kündigung. Wenn aber der Zeitpunkt der Kündigung ungelegen ist, wenn daraus für den Mandanten ein Schaden entspringt, dann muß dieser schadlos gehalten werden. Der Mandatar, der den Auftrag niederlegt, muß dies auf eine Weise thun, daß dem Mandanten die Gelegenheit gegeben ist, ohne Schaden zu erleiden, das Geschäft selbst oder durch einen Dritten weiter zu besorgen.

Einen Fall gibt es, wo der Mandatar den Schaden nicht zu ersetzen braucht, welchen er dem Mandanten durch die Kündigung verursacht hat; dieser tritt nämlich dann ein, wenn der Mandatar in eine Lage kommt, in welcher ihm der Vollzug des Auftrags

einen bedeutenden Schaden verursachen würde; man darf den nicht strafen, welcher, bei dringender Gefahr für sein und fremdes Vermögen, das seinige vorgezogen hat. Außer diesem einen Falle sprechen einige Schriftsteller auch dann den Mandatar von der Entschädigungspflicht frei, wenn er schwer erkrankt oder sich schwer mit dem Mandanten verfeindet (Art. 2003, 2007. Zach. l. c.).

— 3. Durch den Tod des Mandanten. Der Mandatar nimmt den Auftrag nur aus Freundschaft für den Mandanten und wegen des von diesem in ihn gesetzten Zutrauens an. Diese Gefühle erlöschen mit dem, der sie einflößt, und es muß also der Auftrag mit dem Tode des Mandanten aufhören.

Jedoch muß der Mandatar den Vollzug fortsetzen oder beginnen, wenn beim Ableben des Mandanten die Dinge so gestaltet sind, daß die ihm anvertrauten Interessen schwer gefährdet wären, wenn er das Mandat sofort niederlegen würde. Aus Billigkeitsrücksichten erklärt hier das Gesetz die Verbindlichkeit für fortbestehend, sie hört aber mit der Gefahr oder mit dem Augenblicke auf, wo die Erben des Mandanten ihr Interesse selbst wahren können.

Der Auftrag überlebt den Mandanten natürlich dann, wenn er gerade für die Zeit nach dem Tode gegeben wurde, wenn er z. B. die Errichtung eines Grabmals für denselben bezweckt (Art. 2003. Zach. l. c.).

— 4. Durch den Tod des Mandatars. Die persönlichen Eigenschaften des Mandatars, dessen Erfahrung, Gewandtheit und guter Ruf bestimmen den Mandanten, ihm seine Angelegenheiten anzuvertrauen. Diese Eigenschaften sind nicht vererblich, weßhalb auch der Auftrag mit dem Tode des Mandatars aufhören muß. Die Erben jedoch haben die Pflicht, den Mandanten zu benachrichtigen und das Erforderliche anzuordnen, bis der Mandant die Sache selbst in die Hand nehmen kann. Es ist dies ein Fall des gesetzlichen Auftrags.

— 5. Durch die Entmündigung des Mandanten. Der Mandatar kann natürlich die Angelegenheiten einer Person nicht besorgen, welche diese selbst nicht besorgen dürfte.

— 6. Durch die Entmündigung des Mandatars. Diese macht dem Zutrauen des Mandanten und damit auch dem Mandat ein Ende.

— 7. Durch den Vermögenszerfall des Mandanten. Der Mandant verliert hierdurch die Verwaltung seines

Vermögens und damit auch die Befugniß, es durch einen andern verwalten zu lassen.

— 8. Durch den Vermögenszerfall des Mandatars, weil dadurch das Zutrauen verloren geht, auf dem das Mandat beruht.

Diesen Erlöschungsgründen kann man noch beifügen: 1. den Eintritt des Endziels, wenn der Auftrag für eine bestimmte Zeit gegeben wurde; 2. die Beendigung des Geschäftes, welches den Gegenstand bildet (Art. 2003, 2010. Zach. l. c.).

II. Von dem Ende des Auftrags im Verhältniß des Mandanten zum Mandatar.

Er endigt mit dem Augenblicke, wo der Mandatar den Erlöschungsgrund erfährt. Hört das Mandat auf durch Widerruf, Tod, Gant rc. des Mandanten, dann muß dieser oder seine Rechtsfolger dem Mandatar den Grund zur Kenntniß bringen, aus welchem die Vollmacht erlöscht. Alle Handlungen, die der Mandatar vornimmt, nachdem er aufgehört hat, es zu sein, ehe er es aber weiß, gehen auf Rechnung des Mandanten und seiner Vertreter (Art. 2008); dagegen auf seine Gefahr, wenn er die Beendigung seines Auftrags kannte.

In Ermangelung einer Notification kann der Mandant durch andere Mittel, sogar durch Zeugen, beweisen, daß der Mandatar das Ende seines Mandats kannte.

Hier müssen wir wiederholen, daß der Mandatar trotz Erlöschung seiner Vollmacht dann thätig bleiben muß, wenn Gefahr auf dem Verzuge haftet (arg. Art. 1991).

— Der Mandatar, dessen Auftrag, sei es durch Kündigung oder Vermögenszerfall, erlöscht, muß dem Mandanten vermittelst einer Notification zu wissen thun, daß er nicht mehr vertreten ist und erst von diesem Augenblicke an ist er seiner Verbindlichkeit entledigt. Seine Verpflichtung überlebt sogar diese Notification, wenn Gefahr auf dem Verzage haftet, wo er dann das Geschäft fortführen muß, bis der Mandant selbst eintreten kann.

Erlöscht der Auftrag durch Entmündigung oder Tod des Mandatars, dann muß die Notification durch den Vormund oder die Erben geschehen und bei Gefahr auf dem Verzug müssen diese das Nöthigste vorkehren, bis der Mandant eintreten kann (Art. 2010. Zach. l. c.).

III. Von dem Ende des Auftrags in Bezug auf Dritte.

Er endigt, so wie der Dritte den Erlöschungsgrund erfährt; bis dahin sind alle Geschäfte mit dem gewesenen Mandatar für den Mandanten verbindlich, mag auch der Mandatar in bösem Glauben gehandelt haben; es bleibt hier dem Mandanten nur der Rückgriff auf den Mandatar. Um Dritte von der Beendigung des Auftrags in Kenntniß zu setzen, muß der Mandant seinem Mandatar die Vollmachtsurkunde wegnehmen, dann hatte der Dritte es sich selbst zuzuschreiben, wenn er sich einläßt, ohne sich die Vollmacht vorlegen zu lassen.

Es gibt Personen, bezüglich deren es nicht genügt, wenn der Mandant die Vollmachtsurkunde zurücknimmt, es sind dies diejenigen, welche seit Jahren mit dem Mandatare in Geschäftsverkehr stehen; diese lassen sich natürlich nicht bei jedem Geschäfte die Vollmacht vorlegen, ihnen muß der Mandant das Ende des Mandats zu wissen thun.

Hat der Mandatar Vorschüsse zu fordern, dann kann er zur Rückgabe der Vollmachtsurkunde, als welche auch sein Recht an den Mandanten constatirt, nicht eher angehalten werden, als bis dieser ihn entweder baar bezahlt oder ihm eine gehörige Schuldurkunde ausgestellt hat (Art. 2008, 2009. Zach. l. c.).

IV. Von dem Ende des Auftrags in Bezug auf Dritte.

Er endigt, so wie der Dritte den Erlöschungsgrund erfährt; bis dahin sind alle Geschäfte mit dem gewesenen Mandatar für den Mandanten verbindlich, mag auch der Mandatar in bösem Glauben gehandelt haben; es bleibt hier dem Mandanten nur der Rückgriff auf den Mandatar. Um Dritte von der Beendigung des Auftrags in Kenntniß zu setzen, muß der Mandant seinem Mandatar die Vollmachtsurkunde wegnehmen, dann hätte der Dritte es sich selbst zuzuschreiben, wenn er sich einläßt, ohne sich die Vollmacht vorlegen zu lassen.

Es gibt Personen, bezüglich deren es nicht genügt, wenn der Mandant die Vollmachtsurkunde zurücknimmt, es sind dies diejenigen, welche seit Jahren mit dem Mandatare in Geschäftsverkehr stehen; diese lassen sich natürlich nicht bei jedem Geschäfte die Vollmacht vorlegen. Ihnen muß der Mandant das Ende des Mandats zu wissen thun.

Hat der Mandatar Vorschüsse zu fordern, dann kann er zur Rückgabe der Vollmachtsurkunde, als welche auch sein Recht als [illegible], nicht aber angehalten werden, als bis man ihn entweder baar bezahlt oder ihm eine gehörige Schuldurkunde ausgestellt hat. (Art. 2005, 2006. Zach. l. c.)

III. Von dem Ende des Auftrags in Bezug auf Dritte.

Er endigt, so wie der Dritte den Erlöschungsgrund erfährt, bis dahin sind alle Geschäfte mit dem gewesenen Mandatar für die Mandanten verbindlich, mag auch der Mandatar in bösem Glauben gehandelt haben; es bleibt hier dem Mandanten nur der Rückgriff an den Mandatar. Um Dritte von der Beendigung des Auftrags in Kenntniß zu setzen, muß der Mandant seinem Mandatar die Vollmachtsurkunde wegnehmen, dann hätte der Dritte es sich selbst zuzuschreiben, wenn er sich einläßt, ohne sich die Vollmacht vorzeigen zu lassen.

Es gibt Personen, bezüglich deren es nicht genügt, wenn der Mandant die Vollmachtsurkunde zurücknimmt, es sind dies diejenigen, welche seit Jahren mit dem Mandatare in Geschäftsverkehr stehen; diese lassen sich natürlich nicht bei jedem Geschäfte die Vollmacht vorlegen, ihnen muß der Mandant das Ende des Mandats zu wissen thun.

Hat der Mandatar Vorschüsse zu fordern, dann kann er zur Rückgabe der Vollmachtsurkunde, auf welche auch sein Recht an den Mandanten beruht, nicht eher angehalten werden, als bis dieser ihn entweder baar bezahlt oder ihm eine gehörige Schuldurkunde ausgestellt hat (Art. 2008, 2009. Zach. l. c.)

Marcadé, Victor Napoléon,

Abriß des französischen Civilrechts

Bd.: 2

Heidelberg (1865)